



Title	民法709条における不法行為の成立要件の再構築
Author(s)	海野, 敦史
Citation	長崎大学経済学部研究年報, 26, pp.101-148; 2010
Issue Date	2010-06-30
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10069/24470">http://hdl.handle.net/10069/24470</a>
Right	

This document is downloaded at: 2019-04-20T22:32:02Z

# 民法709条における不法行為の成立要件の再構築

海 野 敦 史

## Abstract

This paper examines legal requirements for a tortious act as stipulated in Article 709 of Japan's Civil Law by reviewing traditional academic theories and reconstructing a new paradigm. It is reasonable to distinguish the elements for identifying a tortious act from those for judging the degree of the liability arising from such an act. In identifying a tortious act, it is essential to judge properly the infringement of legal rights and benefits as well as actor's intent and fault. This assumption implies that the notion of "illegality", established by the accumulation of earlier academic theories, should not directly be taken into account for the identification. In judging the degree of the liability, it is required to implement a balanced comparison of the degree of the infringement with the extent of actor's intent and fault. On these bases, care needs to be taken to consider the principle that the "primary" purpose of the tort law is to appropriately ensure and coordinate individual rights and freedom, rather than to preserve the existing legal order.

Keywords: tort, infringement of legal rights and benefits, intent and fault, illegality, civil law

## 1 序 論

民法（明治29年法律89号）709条は、同法3編5章の題号である「不法行為」を構成する最初の条文として、不法行為による損害賠償責任を規定している。しばしば「不法行為」は違法な行為と同義に捉えられがちであるが<sup>1</sup>、法令に違反する行為（違法な行為）があったからといって常に不法行為になるとは限らず、また法令に違反しなければ常に不法行為とはならないというものでもない。例えば、制限速度を大きく超えて走行する自家用車の運転手は、明らかに道路交通法（昭和35年法律105号）に違反しており、違法な行為の主体であるが、他人に損害が発生していない限り、不法行為による損害賠償責任を負うことはない。一方、あるマンションが隣接す

る保育園に対して著しい日照妨害の被害を与えたとき、当該マンションは何ら建築基準法（昭和25年法律201号）に違反しておらず、よってその経営者は適法な行為の主体であったとしても、日照被害の程度が社会生活上受忍すべき限度を超えたものとして、不法行為による損害賠償責任を負う場合がある<sup>2</sup>。改めて指摘するまでもないが、このような事例から明らかとなり、民法上の不法行為が成立する要件は、単に違法な行為が行われることではない。それでは、不法行為とは具体的にどのような要件の下に成立するのであろうか。

周知のとおり、民法709条の法解釈をめぐる議論の蓄積は、まさに百家争鳴の感があり、その歴史を紐解くだけでも一大作業となる。また、不法行為のうちどの側面に焦点を当て

て論ずるかによっても、議論は大きく異なってくる。もとより本稿は、その多岐にわたる論点のすべてを完全に網羅するものではなく、また従来の学説・判例の枠組みの一切を根底から覆すような斬新な見解を提示するものでもないが、不法行為の成立要件のうち、人の行為に関する側面、すなわち故意・過失、権利・法益侵害及びそれらに関連して学説において確立されてきた「違法性」の概念の意義に焦点を絞り、それらの解釈に関する従来の主な考え方を整理しつつ、筆者なりの管見を示すことにより、不法行為法の解釈に対する一視座の提供を試みることにしたい。

そもそも民法709条は、「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う」と規定している。これによれば、故意又は過失の存在、故意又は過失と権利・法益侵害との間の因果関係の存在、権利・法益侵害の存在、権利・法益侵害と損害範囲との間の因果関係の存在、損害の発生が不法行為成立のための原則的な要件であり、これらに加え、責任能力の存在<sup>3</sup>、正当化事由の不存在<sup>4</sup>も必要である。もっとも、多くの学説は、これらの要件と併せて、後述のとおり「違法性」の存在という要件を挙げている。これらのうち、本稿が主に分析の対象とするのは、及びとそれに関連する違法性の概念であり、他の要素については原則として捨象する。

以上を踏まえ、本稿においては、まず不法行為の成立をめぐる理論に関する歴大な学説・判例の主な流れを整理し（第2節）、それらの中から主な論点を抽出しつつ管見を展開のうえ（第3節）、結論を導く（第4節）こととする。その過程で、不法行為法の一次的な目的が加害者及び被害者の権利の適切な調整と保障にあり、不法行為の成立のための

本質的な要件が「権利・法益の侵害」にある旨を改めて示すことを通じて、不法行為の成立要件の再構築を試みるのが、本稿の最大の目的である。

## 2 不法行為の成立要件をめぐる主な学説・判例の流れ

### (1) 起草者の考え方

現行の民法の起草者が、旧民法（明治23年法律28号）370条の「過失又ハ懈怠ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタル者ハ其賠償ヲ為ス責ニ任ス」との規定を平成16年における改正前の民法（以下「改正前民法」という）709条の規定である「故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ権利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス」に変更したのは、社会生活におけるすべての損害について賠償責任を負うこととしたのでは、不法行為責任の範囲が広がりすぎることを考慮したものであった。すなわち、当該範囲を限定することを意図して、「権利侵害」という要件を設け、権利侵害の結果生じた損害についてのみ損害賠償責任を認めることを明確にしたものであると考えられる<sup>5</sup>。これは、必ずしも同規定による権利創出機能を意図したものではないが<sup>6</sup>、一方で起草者は、ここでいう「権利」の概念を広く捉えており、債権を含む財産上の権利はもとより、生命、身体、自由、名誉等に対する権利、すなわち人格的利益や実定法上必ずしも権利の名称が付されていなかったものについてもこれに含まれると解釈していた<sup>7</sup>。

もっとも、起草者により権利侵害という要件が設定されたことについては、これを実質的な変更を受けたものとみるべきであるか、それともドイツ法の影響による変更であるとみるべきであるかということをめぐる、後

世における学説の対立がある<sup>8</sup>。これにつき旧民法370条は改正前民法において実質的な変更を受けたものと解すべきとする立場からは、民法709条はドイツ法的な権利侵害とは異なるものと解されていたとされる。ドイツ民法においては、その823条1項において、過失による違法な加害惹起に対する損害賠償責任が生じるのは、加害により法律に明記された法的利益（生命、身体、健康、自由、所有権、その他の権利）の一つにつき被害者が不利益を受けた場合に限られるとされている。これを踏まえ、我が国の民法における権利侵害の概念が、上記の「不利益を受けた場合」と異なるとする主な理由としては、以下の3点が指摘されている。第一に、概括的にいえば3つの構成要件を有するドイツ民法（823条1項、823条2項、826条）と異なり、民法709条は、不法行為の統一的構成要件を規定するものであるということである。第二に、民法709条の権利概念は起草者以来広義に解されており、ドイツ民法823条1項の絶対権とは異なるということである。第三に、違法性の概念を採るドイツ民法823条1項と異なり、民法709条においては、その条文上も起草者の説明の中にも違法性の概念は示されておらず、権利侵害の概念の導入も違法性の概念とは直接の関係を有しないものと解されていたと考えられるということである<sup>9</sup>。

これに対し、民法709条はドイツ法の影響により作成されたものとみる立場からは、権利侵害は故意・過失という主観的要件に対峙する客観的要件として捉えられていたということとなる。この立場からは、民法709条において「違法性」という文言は用いられていないが<sup>10</sup>、主観的要件から有責性が判断され、客観的要件から有責性と区別された違法性が判断されることとなる<sup>11</sup>。このように有責性と違法性とを対置させる構成は、フランス法

や英米法には見出すことのできないものである<sup>12</sup>。

一方、故意又は過失という要件については、権利侵害とは異なる次元のものとして捉えられており、権利侵害が客観的要件として行為そのものを指すのに対し、故意又は過失は主観的要件として行為の基となる意思であるという位置づけが念頭におかれていたようである<sup>13</sup>。特に、故意については、ことさらに目的を心に持って、その目的を成就させようと思いつながりながら行為をなすことを表す旨の説明が起草者により行われている<sup>14</sup>。しかしながら、起草者における過失の内容の説明の中には、行為者の主観的様態ないし心理状態だけではなく、客観的な注意義務違反として考えられていたとみられるものもあり<sup>15</sup>、その後の学説上の見解の対立をもたらす引き金となっている<sup>16</sup>。

民法709条にいう過失について、その範囲がフランス法の系譜を引く旧民法370条にいう過失と実質的に同じであると捉える立場からは、これをフランス法的な過失の概念、すなわち行為者の主観面だけでなく客観的な行為も含むものとして理解される。他方、旧民法から改正前民法に移行した際にフランス法の系譜からドイツ法の系譜に変わったと捉える立場からは、過失は故意とともに主観的な要件であると理解され、客観的な要件である権利侵害と対比されることとなる。

このように、起草者の権利侵害や過失に対する考え方には曖昧な部分があり、本稿はそれを具に解明することを目的としてはいないが、少なくとも、故意又は過失、権利侵害、損害の発生という3つの要件を不法行為の成立のために重要視し、それらを区別していたということは、確定的にいえるのではないかと思われる<sup>17</sup>。それゆえ、権利侵害という要件が新たに改正前民法に採用されたと同時に

に、それは故意・過失と区別され、権利侵害が行為の客観的評価を、故意・過失が行為の基礎にある行為者の主観的意思を、それぞれ表すものとして捉えられたと解することが妥当であろう。起草者の考え方をこのように解し、それに基づいて考えると、例えば民法720条の正当防衛は、権利侵害を不法でなくするための特別規定であって、行為者の意思を評価する故意又は過失があったとしても、権利侵害の「不法」性が正当防衛によって阻却される限り、客観的に法律上許された行為となるということになる。その限りにおいて、改正前民法はドイツ法の系譜を取り入れる形で起草されたものと解することができ、民法3編5章の題号である「不法行為」の不法性は、違法性の概念と同様のものとして捉えられていたとみることができる<sup>18</sup>。

## (2) 権利拡大説

改正前民法の施行直後から、民法709条に関して、ドイツ法的な客観的違法と主観的有責という区別に即した解釈論が展開された。もっとも、行為の違法性そのものが不法行為の要件として前面に押し出されるには後述の違法性説の登場を待つ必要があった。違法性が不法行為の独立の要件とはならない状況の下では、権利侵害を違法と解することはできても、違法な行為がすべて権利侵害となるとは限らない<sup>19</sup>。したがって、厳格解釈の立場からすると、被侵害利益が権利たり得なければ、不法行為は成立しないこととなる。そこで、起草者が権利の概念を広く捉えたのと同様に、学説も権利侵害にいう「権利」の概念を拡大して解釈するようになった（以下「権利拡大説」という）<sup>20</sup>。

判例においても、当初は、民法709条にいう「権利」を厳密に解していた。しかし、桃中軒雲右衛門事件判決<sup>21</sup>が、権利侵害の範囲

を著しく狭義に解し、浪曲の作曲は著作物として著作権法（昭和45年法律48号）による保護を受けるべきものではなく、これを権限なく複製販売されても著作権を侵害したとはいえず、民法709条に基づく損害賠償は請求できないとしたことから、「権利」の射程範囲が学説において論議の中心となった<sup>22</sup>。やがて、判例も「権利」の射程範囲を拡大した。すなわち、大学湯事件判決<sup>23</sup>において、民法709条における権利侵害の対象は、厳密な意味での権利である必要はなく、法律上保護される利益、つまり、我々の法律観念上その侵害に対して不法行為に基づく救済を与えることが必要であると思惟される利益であれば足りることとされた。

## (3) 違法性説

権利拡大説に根ざす判例による「法律上保護される利益」の侵害があれば不法行為が成立するという解釈を受けた学説においては、権利侵害の要件に代えて違法性の要件が樹立されたものと評価され、権利侵害を違法性の徴表として違法性の概念に包摂する立場が通説的地位を占めるようになった。すなわち、「権利侵害から違法性へ」をテーゼとして、権利侵害を違法性に吸収させ、権利の侵害がなくても違法性があるときには広く不法行為の成立を認める見解（以下「違法性説」という）である<sup>24</sup>。

この学説によると、民法が権利侵害という要件を設けたのは、被害者の個人的な立場のためではなく、法律そのものの立場から客観的に加害者の行為についての評価を求めるものであるとされる。したがって、法律が是認しない行為（すなわち違法な行為）を表すものの一つとして、権利侵害を挙げているということになる<sup>25</sup>。そして、個々の法規定でそれぞれ個別の違法行為の要件を定める刑法そ

他の刑罰法規と異なり、民法においては709条の1か条のみで不法行為の要件を定めていることから、できるだけ広く違法性の徴表を示すことばとして、権利侵害が選ばれたものとし、それは違法性を認識するための手がかりにすぎないとする<sup>26</sup>。更に、正当防衛や緊急避難等の「違法性阻却事由」が規定されていることは、権利侵害自体が本質的なものではなく、その背後に存在する違法性が本質的なものであることの証左であるとする<sup>27</sup>。そのうえで、違法行為としては、権利侵害行為のほかに、命令的法規違反行為、公序良俗違反行為等があると<sup>28</sup>。

この学説は、民法709条の本質的な要件を行為の違法性と解しつつも、「権利侵害」を「違法性」に完全に置き換えたものではなく、違法性を権利侵害のある場合とそれ以外の場合というように二元的に把握しようとしたものであると考えられる<sup>29</sup>。それゆえ、権利概念の分析を捨象するものではなかったため<sup>30</sup>、民法709条の解釈論としての違法性概念の本格的な展開については、以下の相関関係説の登場を待つ必要があった<sup>31</sup>。

#### (4) 相関関係説

その後、違法性説に基づきつつも、違法性という一般条項的な概念を要件とすることによってその有無に対する判断が恣意的にならないようにする観点から、心理的な状態に焦点を当てた主観的要件としての過失と客観的な態様に焦点を当てた客観的要件としての違法性とを対置させ、違法性の有無については被侵害利益の種類・性質と侵害行為の態様とを相関関係的に衡量することによって決定すべきであるとする見解が、通説的地位を占めるようになった<sup>32</sup>。「相関関係説」と称される学説である。この見解によれば、「故意・過失」が不法行為の主観的要件（不法行為者

の内心的な心理状態）であるのに対し、「違法性」は不法行為の客観的要件（不法行為者に関係のない侵害結果と行為の外形的評価）であるとされる。そのような中で、客観的要件としての違法性について、公序良俗違反、法規違反行為など、侵害行為の態様を衡量の対象としたところにその独自性があった<sup>33</sup>。

この学説は、権利侵害を違法性に読み替えた場合に、どのような場合に違法性を認めるのかということについて、一定の回答を与えるものでもあった。これは、被侵害利益にも強弱の程度があり、違法な行為にも違法性の段階があると考えられることから、両者を総合的に勘案して違法性を決定することを意図したものであった<sup>34</sup>。すなわち、すべての加害行為に基づく損害について不法行為が成立するのではなく、違法な行為に基づく損害についてのみ不法行為が成立すると考えられることから、不法行為の要件は権利侵害ではなく加害行為の違法性であること、社会に存在する利益には、確実な権利として認められているものから新たに権利として認められようとしているものまで、その種類によって尊重・保護すべき程度に差があるが、一般に強い権利の侵害行為は弱い権利の侵害行為よりも強い違法性を帯びること、侵害行為の態様にも、権利行使として是認されるもの、自由活動の範囲内として放任されているもの、法規違反として禁止されているもの、公序良俗違反として排斥されるものなどさまざまであることを踏まえ、違法性は、被侵害利益における違法性の強弱と侵害行為の態様における段階とを相関的に考慮して判断すべきであるとされた<sup>35</sup>。

また、正当防衛等の違法性阻却事由についても、違法性を決定する（この場合、違法性を失わせる）行為の態様という点に関しては、違法性を生じせしめる侵害行為の態様として

の法規違反や公序良俗違反等と異ならないとされた。この観点から、被侵害利益の種類から判断される違法性決定要素と違法性阻却事由を含めた行為の態様から判断される違法性決定要素との相関的な考察の必要性が主張された<sup>36</sup>。

なお、この見解の下では、故意とは「自己の行為が他人の権利を侵害し、その他違法と評価せられる事実を生ずべきことを認識しながら敢へてこれをなす心理状態」とされ、過失とは「不注意の為め右の事実の生ずべきことを知らざること」と定義された<sup>37</sup>。すなわち、過失は不注意（注意の欠如）として定位され、その標準となる注意の程度は「法律が社会共同生活の一員として要求する程度」とされており<sup>38</sup>、原則的に心理状態に基づくものと解されていたと考えられる。

#### (5) 相関関係説の拡充

相関関係説は、以後の学説に強い影響を与え、通説的地位を占めるようになった。これに応じて、相関関係説を拡充する学説が登場するようになった。

例えば、ある有力な学説は、「権利侵害」の要件に代えて「違法性」の概念を持ち出すことについて、以下の理由から支持した。第一に、固定的になりやすい「権利」の概念と異なり、「違法性」の概念は概して弾力的であり、具体的な妥当性をもった解決を得ることにつながるという点である<sup>39</sup>。第二に、権利の生成過程においては、まず不法行為による損害賠償を認める形で消極的な保護が図られ、それが次第に順化して権利としての主張が認められるようになることが一般的であるから、不法行為の段階で一律に権利性を確定することに拘泥すべきではないという点である<sup>40</sup>。

もっとも、相関関係説の上に展開されたさ

まざまな学説についても、違法性の考え方に關してかなりの差異がある。それは、特に違法性と過失との区別や違法性と有責性との区別をどの程度維持するかという点において顕著であるが、その具体的な内容については後述することとする。

#### (6) 相関関係説に対する批判

その後、相関関係説については、さまざまな批判が台頭した。具体的には、第一に、違法評価の対象である被侵害利益の種類と、違法評価の基準である侵害行為の態様という平面を異にする相関困難なものの相関関係を追求することは適当ではなく、被侵害利益の種類と加害者の内心的要素との相関関係をみるべきであるという批判<sup>41</sup>が提示された。第二に、侵害行為の態様においては主観的要件である行為者の故意・過失の有無がすでに判断されており、これを被侵害利益の種類と相関したうえでなお故意・過失要件の有無を判断する意義に欠けるとする批判<sup>42</sup>に接することとなった。この批判からは、違法性に加えて、故意・過失を改めて議論する実益が問われることとなると同時に、違法性について客観的要件であると明言することが困難となった。その結果、主観的要件としての過失と客観的要件としての違法性との峻別が再検討を迫られ、過失概念の見直しと相まって、相関関係説の論理構造の当否が問題となった。

他方、違法性について二元的に理解する立場（二元的違法性説）からの批判も受けることとなった。すなわち、違法性には、権利侵害という客観的な行為の結果のみを捉えて違法と判断できる場合と、侵害行為の態様という行為の側面をも加えた判断を行ったうえで違法と判断できる場合とがあるにもかかわらず、相関関係説は被侵害利益の種類と侵害行為の態様の相関を通じて違法性を判断するこ

とにより、両者の区別を曖昧にした結果、権利侵害があっても（侵害行為の態様により）違法ではないという判断に道筋を与えることとなったとされる<sup>43</sup>。これは、公害事件等に関して、被害者の権利が侵害されていても、行為の公共性等を理由に差止めが否定される局面において顕著となった。

#### (7) 過失一元説

相関関係説に対する批判の中から、過失と違法性との概念の重複を指摘しつつ、違法性の概念は法的保護の拡大に資したことでその役割を終えているとの認識の下で、過失を不法行為の成立要件の中心に据えるべきであるとする見解が現れた。「過失一元説」と称される見解である。この見解によれば、判例における「違法性」の概念は、「故意・過失」と対置される形で用いられているわけではなく、不法行為責任を判断するための基準として用いられ、「故意・過失」を含めたものであると理解される<sup>44</sup>。そして、民法709条にいう「過失」は、抽象的過失であって、客観的な行為の態様、すなわち一般的標準人の能力を基準とした「結果回避義務」違反として把握されるべきものであり、心理状態以外のものがその中心となる。しかも、それは不作為による不法行為の行為義務違反と同質のものと考えられるため、過失が不法行為の主観的要件ということは適当ではないとされる<sup>45</sup>。他方、「違法性」についても、刑罰法規違反、取締法規違反、公序良俗違反、権利濫用には故意・過失や動機といった行為者の主観的要件も考慮されていることから、違法性が不法行為の客観的要件ということも適当ではないとされる<sup>46</sup>。

以上を踏まえ、過失一元説は、過失概念の再構成とそれに基づく不法行為要件の再構成を主張した。すなわち、「過失」は、「不法行

為が成立したかどうかという判断一般を含む高度に法的かつ規範的概念(一種の一般条項)に転化した」のであって、これが「不法行為成立における規範的判断の中核となるに至った」とされる<sup>47</sup>。同時に、「権利侵害」の要件については、法的保護を与えるべき権利又は利益であるかどうかをめぐって争われた判例が乏しいことから、理論的には独立の要件としての地位を失っており、「過失」又は「損害」の発生要件に吸収されるとする<sup>48</sup>。その結果、民法709条における要件については、過失が問題となる不法行為類型に関しては、過失行為、損害の発生、過失行為と損害との間の事実的因果関係から構成すれば十分であるとされた<sup>49</sup>。同時に、「過失」を「故意」と並置することについても否定され<sup>50</sup>、過失は、意思ないし心理状態という概念を離れ、「損害回避義務という法的価値判断によって定立された義務に違反する行為」(すなわち行為義務違反)として定位されるべきであるとされた<sup>51</sup>。

過失一元説による「過失」を規定する要因、すなわち損害回避義務違反の存否を判断する因子としては、被告の行為から生じる損害発生危険の程度ないし蓋然性の大きさ、被侵害利益の重大さ、損害回避義務を負わせることによって犠牲にされる利益と及びとの比較衡量が挙げられている<sup>52</sup>。

過失一元説によれば、以上のように不法行為の成立要件として「違法性」の概念を排除する結果、正当防衛や緊急避難等の違法性阻却事由については、「過失の阻却」として構成されることとなる<sup>53</sup>。

もっとも、過失一元説に対する批判も根強い。第一に、損害回避義務違反の存否を判断する因子として、前述の「比較衡量」が挙げられていることに対し、もっぱら加害者の責任の減免においてのみ機能するものであ



り、これが不法行為の本質的因子ともいえる行為の危険性の程度や被害の重大性と並列的に定位されているのは問題であるとの有力な主張がある<sup>54</sup>。第二に、「過失の阻却」としての構成について、違法性概念を存置させようとする立場から、有力な批判を受けている。例えば、被害者の承諾という阻却事由について、過失一元説は被侵害利益が存在しないか重大ではないから過失が阻却されると説明するが、侵害される客観的な利益そのものは、被害者の承諾の有無にかかわらず不変であるとされる<sup>55</sup>。第三に、「行為の客観的法秩序違反性」を問う「違法性」と、違法評価を受けた行為について加害者に責任を問う「有責性」とを区別する立場から、前者は結果が問題であるので予見可能性を問わないのに対し、後者は結果の発生について加害者の非難性を問題とするため被害の予見可能性が要求されるとする説がある<sup>56</sup>。この学説によれば、予見可能性については「過失」に関する判断において捉えられ<sup>57</sup>、それ以外の諸要素については「違法性」の枠で判断すべきものとされる<sup>58</sup>。第四に、違法性を被侵害利益に対する要件として捉えたうえで、被侵害利益については狭義での権利だけでなく、社会的な法感情に基づき法的保護が与えられるべき利益も存在し、どのような利益が保護されるべきかを一義的に決定する基準はない<sup>59</sup>ことから、すべての被侵害利益が保護されるべきであることを原則としたうえで、それを侵害しても法的保護を与える必要がないと感ぜられる程度の利益の侵害については、「過失」がないのではなく「違法性」がないと説明すべきであるとする説もある<sup>60</sup>。

#### (8) 違法性一元説

過失一元説は、新たな学説の登場を促すこととなった。すなわち、過失一元説の相関関

係説批判要素（過失と違法性の概念の重複）を認めたとうえで、「違法性」の概念を不要とする結論には賛同せず、むしろ違法性を不法行為の要件の中心とすべきであるとする見解が現れた。「違法性一元説」と称される見解である。この見解は、権利侵害をそのまま違法性と同義に解することはできず<sup>61</sup>、「過失」が問題となる場合においては、権利侵害の結果回避義務違反を伴う場合に初めて違法性が認められるとする。そして、「過失」を行為義務違反、「権利侵害」を「不法行為法的保護を与えるにふさわしい法益の侵害」と解し、「(故意・)過失によって権利を侵害し損害を発生させること」を「違法性」と把握して、この意味における「違法性」概念を存置させようとする<sup>62</sup>。すなわち、「『違法』というのは、法典上、あくまで、『過失』を含んだ用語」<sup>63</sup>として理解されることとなる。

この考え方によれば、法は、法益の侵害が発生する危険性を最小限度に抑制するよう、社会の構成員に所要の注意義務（作為又は不作為）を分配している。社会の構成員は、誰もがその注意義務に従って行動することを信頼する<sup>64</sup>。そのような前提の下で、他人の信頼を破って注意義務に反する行動をしたとき、法規範に反することによって違法と判断され、当該信頼を保護するために損害賠償責任を負うとされる<sup>65</sup>。

したがって、「過失」とは、個々の行為者の具体的能力ではなく、一般標準人の能力を基準として、権利侵害という結果を回避するための注意義務違反として定位される<sup>66</sup>。このように過失を客観的な注意義務違反として定位する限りにおいて、客観的行為義務違反を要件とする「違法性」の概念から分離することが困難になる。また、そもそも「違法性」を判断する際の刑罰法規違反等の加害行為の態様には、行為者の主観的要素も含まれてお

り<sup>67</sup>、この観点からも「過失」と「違法性」とは不可分のものであるとされる。

以上を踏まえ、違法性一元説からは、故意・過失と権利侵害とを一元化した要件としての「違法性」という概念をもって、加害者の故意・過失や動機といった主観的要素や被害者の法益等を総合的に考慮し、損害賠償責任に関する判断を行うべきであるとする結論が演繹される<sup>68</sup>。換言すれば、違法性とは、権利侵害と故意・過失などを総合した帰責のための評価を示す概念であるということになる<sup>69</sup>。

#### (9) 故意・過失及び権利侵害二元説

過失一元説や違法性一元説に対し、違法性から権利侵害への回帰を意図し、権利侵害の要件を存置させようとすることも有力に主張された。そのうち、まずは法文に即して故意・過失、権利侵害のそれぞれを不法行為の要件とする見解（以下「故意・過失及び権利侵害二元説」という）が挙げられる。この見解によれば、相関関係説の「被侵害利益の種類・性質」が「権利侵害」に、同説の「侵害行為の態様」と故意・過失を含めたものが「故意・過失」に、それぞれ振り分けられることとなる<sup>70</sup>。このように解すれば、「権利侵害」を「違法性」に置き換える必要性<sup>71</sup>は乏しくなるが、「理論的な整理」としては、故意・過失と権利侵害という要件が違法性という観念でカバーされるということになる<sup>72</sup>。したがって、これを相関関係説の再構成による違法性理論の承継とみる考え方も有力である<sup>73</sup>。

この考え方の下では、故意・過失は行為義務違反と捉えられ、被侵害利益の態様に応じて当該行為義務が整理されるべきであるということとなる<sup>74</sup>。また、故意と過失は非連続な観念であり、故意については行為者が道徳的に非難されるべき行為をしたことに伴う主

観的責任であるのに対し、過失については行うべきではない行為をしたことに伴う客観的責任であるとされる<sup>75</sup>。一方、権利侵害は加害行為の結果の問題であり、権利侵害との関連で故意・過失を相関的に考える限りにおいて、それに加えて「違法性」によるテストを行う必要はないとされる<sup>76</sup>。

#### (10) 故意・過失及び違法性二元説

故意・過失の双方に共通する帰責判断基準として違法性の概念を設定する考え方もある<sup>77</sup>。これによれば、加害者に責任を負わせるためには形式的に民法709条の構成要件に該当するだけでは不十分であり、その行為が実質的に「違法」であり「有責」であることを必要とする<sup>78</sup>という観点から、故意・過失（有責性）と違法性が並列的に不法行為の要件として構成される。その結果、権利侵害がそれ自体として直接不法行為の成否を左右することはなくなる。

もっとも、違法性の判断基準には、違法性の存在を加害行為そのものに求める考え方（以下「行為不法」という）と加害行為の結果に求める考え方（以下「結果不法」という）とがあるが、前者に軸足を置いて違法性を判断する見解を「行為不法型の故意・過失及び違法性二元説」といい、後者に軸足を置いて違法性を判断する見解を「結果不法型の故意・過失及び違法性二元説」ということとする。

行為不法型の故意・過失及び違法性二元説によれば、違法性の判断については、行為不法（行為義務違反）を問うことを前提としている。その理由として、不法行為における違法性には、公序良俗違反や一部の刑罰法規違反など、権利侵害という結果不法では説明しきれない不法（これこそが、行為不法であるとされる）が含まれており、そのような場合、

加害者が法秩序の命令・禁止に反するという一般的非難に値するか否かの判断が必要となるということが指摘されている<sup>79</sup>。そして、違法性の判断は、権利侵害そのものではなく、権利侵害への危険性及び侵害の危険の脅威にさらされる法益の重要性に基づき行われるべきものとされる。この観点から、権利侵害そのものは違法性の中に吸収し尽くすことができないものとされる<sup>80</sup>。

また、行為不法型の故意・過失及び違法性二元説は、故意・過失について、原則として権利侵害を発生させる危険性のある行為と定位し、故意とは権利保護の必要性に由来する行為義務に直接違反する行為であり、過失は注意義務違反を介してそれに違反する行為であると解しつつ、当該行為義務に違反し、それが法秩序の立場からみて真に一般的非難に値するかどうかの判断が違法性の判断であるとされる<sup>81</sup>。すなわち、行為義務への違反によって「違法性」が基礎づけられつつも、それに加えて、行為者に対する一般的非難可能性を問う「有責性」を介しながら、最終的な「違法性」が判断されることとなる<sup>82</sup>。

他方、結果不法型の故意・過失及び違法性二元説においては、行為不法をどのように捉えるかについて、見解の相違がみられる。第一の立場は、違法性の判断について、結果不法に軸足をおきつつも、社会関係の相違に応じて結果不法が妥当する局面と行為不法が妥当する局面とをともに認めるものである。これによれば、日常生活の中に他人の権利・法益を危殆化する行態が多数存在する現代社会においては、それらの権利・法益への侵害に関する抽象的な危険に対して、その具体的な危殆化又は現実の侵害の予見が困難な場合には、その危険防止のための行態義務を定立することにより、抽象的な危険のみが存在する段階において、そのような行態義務に違反し

た行為が違法とされる<sup>83</sup>。したがって、権利・法益の現実の侵害に対する結果不法と、具体的な危険を惹起する行為に対する行為不法とが二元的に認められることとなる。

第二の立場は、違法性の判断についてはもっぱら結果不法の意味で捉えつつ、有責性の判断について行為不法の意味で捉えるものである。これによれば、違法性の判断については、生じた結果について不法行為が成立したと判断される時点、すなわち結果発生時における違法の社会的尺度に照らして行われるべきものとされており<sup>84</sup>、結果不法を問うことを前提としている。その理由として、「判断の対象は被告の行為の危険性・蓋然性そのものではなく、それに対応して被告がいかなる行為をしたか（危険の調査・防止措置を尽くしたか否か）である」<sup>85</sup>ということが挙げられている。もっとも、被告の行為の結果に注目するという意味においては、行為義務違反の場合も含まれ得ることとなるから、その限りにおいて、前述の第一の立場や行為不法型の故意・過失及び違法性二元説と重なり合う要素を有している<sup>86</sup>。また、有責性の判断については、故意・過失を個別的義務規範への違反という主観的要件であると解しつつ、加害者が具体的事情の下で行為時点においてとるべきであったと考えられる容態に反していたかどうかに基づき行われるべきものとされており、行為不法を問うことを前提としている<sup>87</sup>。そして、故意についてはその意思が非難され、過失については予見可能性があるにもかかわらず予見を適切に行わず加害行為に出たことが非難とされる<sup>88</sup>。もっとも、このような考え方に対しては、有責性の判断は違法性の判断と重なってくるため、違法性一元説に接近したものと評価する見解もある<sup>89</sup>。

### (11) 侵害利益区別説

権利侵害の要件を存置させようとする試みの一つとして、侵害される権利の性質に応じて、保護の範囲が異なるものと解する考え方もある（以下「侵害利益区別説」という）。例えば、ある学説は、侵害があった場合に加害者に故意・過失があれば常に損害賠償が認められる権利・法益（絶対権・絶対的利益）と、悪質な態様の侵害からのみ保護される権利・法益（相対権・相対的利益）とを区別し、後者については単なる故意・過失による侵害では損害賠償請求権は発生しないと主張する<sup>90</sup>。これによれば、絶対権・絶対的利益の侵害については、「主観的要件としての故意・過失と客観的要件としての権利侵害を対置する二元的な判断枠組み」（故意・過失及び権利侵害二元説に近似するが、過失を主観的要件と捉えている点で同一ではない）により、相対権・相対的利益については、「被侵害利益の種類・性質、侵害行為の客観的態様、行為者の意図等の内面的な要素を総合的に判断した違法性の有無のみを基準とする一元的な判断枠組み」により、それぞれ不法行為の成否が判断されることとなる<sup>91</sup>。これは、いわば絶対権・絶対的利益の侵害については権利拡大説、相対権・相対的利益の侵害については違法性説ないし相関関係説の枠組みに基本的に依拠する考え方であると思われる。

また、絶対権とそれ以外の法的利益とを区別し、それによって侵害行為の態様による衡量を正面から取り上げるか否かを判断するという見解もある<sup>92</sup>。この見解は、民法709条の侵害を、生命・身体・健康等の「絶対権タイプ」、快適で健康な生活、自由権、名誉権、プライバシー権等の「衡量タイプ」、債権侵害、期待権侵害等の「行為タイプ」に区分しつつ、絶対権タイプについては違法性阻却事由に該当しない限り損害賠償を認め

るが、行為タイプについては行為の態様に応じて損害賠償の適否を決定するべきであり、衡量タイプには絶対権タイプと行為タイプとが混在するとしている<sup>93</sup>。

更に、被侵害利益の権利性の強いもの（生命や身体に対する侵害等）と弱いもの（とを峻別し、前者については故意・過失による侵害があればただちに違法な行為があったものとされるが、後者については社会的に是認することのできない態様で侵害が行われた場合に違法な行為となるものとする考え方もある<sup>94</sup>。

### (12) 権利侵害再評価説

「権利侵害」要件を再評価する学説（以下「権利侵害再評価説」という）も見られるようになった。判例において、利益の要保護性が争点となる場合が増加したこと受け、一度は無力化したはずの「権利侵害」概念を不法行為の成立要件として見直そうとする動きがそれである<sup>95</sup>。

この学説は、「権利侵害」概念を活用するに至っている判例として、いわゆる自衛隊合祀訴訟判決<sup>96</sup>、地下鉄車内商業放送訴訟判決<sup>97</sup>、熊本水俣病待たせ賃訴訟判決<sup>98</sup>、氏名呼称訴訟判決<sup>99</sup>などを挙げる。これらの判例においては、「権利侵害概念を違法性概念に吸収し、置き換えるという従来の通説を採らないだけでなく、権利侵害ないし法的利益侵害を不法行為の独立の要件として扱う」<sup>100</sup>こととなっており、特に外延の不明確な精神的損害については、権利侵害の有無を問題とすることに合理性が認められるとする<sup>101</sup>。また、権利侵害の有無が焦点となることは、人格的利益を中心に、新しい権利・法益の生成を促進する機能を果たすとされる<sup>102</sup>。

### (13) 権利論説

以上とはやや異なる観点から、民法709条の「権利」としての要保護性について、日本国憲法（以下「憲法」という）を最高法規とする法秩序により保障された個人の権利が何かということに基づき決定しようとする見解（以下「権利論説」という）<sup>103</sup>もある<sup>104</sup>。この考え方によれば、不法行為制度の目的として、損失の公平な分配・補償、事故の抑止に加えて、個人の権利の保障が定位される<sup>105</sup>。この観点からは、どのような権利・法益を民法709条において保護する必要があるかの検討が重要であるということになる。その検討は、「憲法を頂点とする法秩序により保障された個人の権利が何かを基点として」行われるべきであることが主張され、被害者の侵害された「具体的権利」と加害者の「潜在的権利」とが相関的に衡量されることによって、初めて権利として保護される範囲が画定される場合もあるとされる<sup>106</sup>。

権利論説は、権利侵害の結果を責任主体に結びつけることを正当化するために、加害者の故意又は過失という帰責事由が要求されるとする<sup>107</sup>。そして、故意に関する帰責の根拠は「権利侵害の認容・意欲という意思」にあり、過失に関する帰責の根拠は「法秩序に対する命令規範・禁止規範に対する違反」にあるとされる<sup>108</sup>。

権利論説を発展させたものとして、ドイツの議論を源泉とする基本権保護義務論<sup>109</sup>を民法にも応用させようとする考え方<sup>110</sup>もある。これは、立法者は、憲法上の基本権の保護機能に基づいて、私人を他の私人による侵害から保護しなければならないということを前提としつつ、「侵害禁止と保護要請の共働作用の中で、それぞれの基本権の主体としての地位をどのような場面でどの程度保障していくか」が問題となるとする<sup>111</sup>。したがって、不

法行為の成立をめぐる被害者の基本権と加害者の基本権との調整の問題は、「基本権相互間で憲法上どのような客観的な価値秩序が想定されているかを探究する作業」に帰着するという<sup>112</sup>。

## 3 不法行為の成立要件をめぐる管見

前節において述べたさまざまな学説は、一見顕著に対立しているように見えるが、相当部分において重なり合う部分もある。例えば、過失一元説と違法性一元説とは、過失と違法性に関する評価に共通する客観的要素を認める点においては共通しているし、故意・過失及び権利侵害二元説と故意・過失及び違法性二元説とは、ともにドイツ民法流の違法性・有責性の二元的評価を行うことを主張する点においては共通項を有する。したがって、望ましい不法行為の成立要件のあり方を考察するためには、複数の学説から抽出される考え方の要素を適宜組み合わせつつ、妥当な解を探求することも有意義であると思われる。そこで、本節では、不法行為をめぐる学説上の主な論点を取り上げ、既存の考え方を踏まえつつ、必要に応じてそれらを織りまぜながら、管見を展開することとする。

### (1) 不法行為法の目的について

民法709条の解釈を検討するに当たっては、まずは同条の目的ないし保護法益が何かを明らかにしなければならない。前述のとおり、民法の起草者は、不法行為責任の範囲を限定するために権利侵害という要件を設け、権利侵害の結果生じた損害についてのみ損害賠償責任を認めることを明確にしたのであるから、まずは各人（被害者）の権利を保護することを目的としていたことが明らかである。これは一方で、故意・過失という要件の設定

を通じて、損害賠償責任が認められる場合を限定し、各人（加害者）の行動の自由をも同時に保障しようとしたものであるとみることができる<sup>113</sup>。もっとも、保護されるべき被害者の権利と、原則として保障されるべき加害者の自由とは、相互に拮抗する関係にあり、両者の適切な調整を図ることが求められる。この要請に応えるために、立法権は民法709条を定める必要があったといえる。すなわち、民法709条の本来の目的は、権利論説が主張するように、各人の権利及び自由の保障とその調整であると解することができる<sup>114</sup>。

ところが、違法性説や相関関係説の台頭により、「権利侵害」が「違法性」に代替されるようになったことに伴い、このような本来の目的は徐々に変質を遂げ、法律秩序の維持・回復という新たな目的が主張されるようになった<sup>115</sup>。これは「不法行為の本質的な要件」が「加害行為の違法性」にあるとしつつ<sup>116</sup>、違法性の判断に関する評価の基準として、「人の社会的な生活そのものにおいて与えられる法律秩序」<sup>117</sup>が据えられるとされていることから明らかである。違法性説の下では、「権利を侵害することは直ちに法律秩序を破るということであって、それは法律の是認しないところ」<sup>118</sup>であるとされ<sup>119</sup>、相関関係説の下では、「不法行為は社会に生ずる損害の公平妥当なる負担分配を図る制度」として捉えられた<sup>120</sup>。その背景には、「法律の指導原理が個人の自由を保障することをもって最高の理想となさず、社会協同生活の全体的向上をもって理想となす」<sup>121</sup>ようになったとされる実情があった。「違法性」の概念の導入が、「『権利侵害』の要件の狭さを打破する」<sup>122</sup>ことを目的としていたにもかかわらず、違法性説や相関関係説が「権利」概念を広く解釈する道を探らなかつたのは、不法行為の目的をこのように捉え直そうとしたことの証

左であると考えられる<sup>123</sup>。

このような法律秩序の維持・回復を不法行為法の目的と考える立場は、その後の過失一元説や違法性一元説等においても、暗黙裡に継承されていたといえる。例えば、過失一元説においては、「過失」は「ドイツ民法上の意味における『違法性』を含むところの高度な政策的価値判断を表示する概念」<sup>124</sup>として捉えられているが、これは「政策的な観点から権利・自由を相対化する可能性を積極的に認めている」<sup>125</sup>ということを含意しており、法律秩序の維持・回復という目的に対する考え方を踏襲しているものと解される。違法性一元説においても、「法は、諸々の社会的価値のうち、保護に値すると評価したものを、各社会構成員に分配帰属させ、原則として、その者の意思に委ねる」<sup>126</sup>ことを前提としつつ、「不法行為法の制度目的あるいは機能は、発生した損害の（加害者と被害者の間における）公平分配」<sup>127</sup>であるとされ、その限りにおいて、相関関係説で示された社会の法律秩序を重視する考え方が受け継がれていると解される。

このような趨勢は主要な学説の底流を形成するようになり、違法性から権利侵害への回帰を図った故意・過失及び権利侵害二元説においてさえも、過失の有無を判断する際に、社会的な効用等の政策的な観点から権利・自由が相対化する可能性が示唆されている。例えば、「過失判断にあたって、いかなる場合にも回避コストという要素を絶対的に衡量してはならないというのは一般性をもつ理論ではない」<sup>128</sup>と指摘しつつ、結果回避のコストなどの「諸要素の相関衡量によって過失判断がなされると考えるべきである」<sup>129</sup>とする主張はその一端をなす。したがって、真の意味での原点回帰、すなわち各人の権利及び自由の保障とその調整に民法709条の目的を見出

す考え方は、権利論説の登場を待つ必要があったといえる<sup>130</sup>。

思うに、このような「目的のねじれ」が、不法行為法の混迷を助長した要因の一つであり、それを是正していくことがこの混迷から脱却するための糸口となるといえる。すなわち、民法709条の一次的な目的は、法律秩序の維持ではなく、保護すべき権利・法益の適切な保障・調整であると解すべきであり、その条文の解釈も、この目的に照らして行うべきであるということである。なぜなら、民法の解釈の基準は、「個人の尊厳と両性の本質的平等」におかれており（民法2条）、その背景には、憲法13条の「個人の尊重」や憲法14条の「法の下での平等」の確保に関する基本権上の価値秩序があるのであって<sup>131</sup>、当該価値秩序は基本権に根ざす国民の権利・法益を適切に保障することにより初めて実現するものと解されるからである。したがって、個別の事案に対して民法709条を適用する場合には、同条で保護される権利・法益の侵害が行われているかどうか、加害者に故意・過失が認められるかどうか等の判断を経て、被害者の権利と加害者の自由とが相関的に比較衡量（調整）されながら、その適切な保障を図る形で、不法行為の成否が判断されなければならない。例えば、加害者が「表現の自由」の行使を通じて被害者の「名誉毀損<sup>132</sup>」となる可能性のある表現活動を行った場合、民法709条は、加害者の法益である表現の自由と被害者の法益である人格権（名誉権）とを個別に比較衡量し、被害者の名誉権が「侵害」されていると認められる場合には、加害者に故意・過失が認められる限り、被害者の救済を行うよう加害者の損害賠償責任を認めることとなるのである。この場合、名誉権の「侵害」の有無を認定するに当たっては、表現内容が公共の利害に関する事実（真実）であっ

たかどうか、表現活動の目的がもっぱら公益を図るものであったかどうか、人身攻撃に及ぶなどの正当な表現としての域を逸脱したものであるかどうかなどの具体的な基準がその判断材料となる<sup>133</sup>。また、表現内容の真実性が否定された結果として、当該「侵害」が認められた場合における加害者の故意・過失の有無を認定するに当たっては、内容が真実であると信じることに相当の理由があるかどうかなどの基準がその判断材料となる<sup>134</sup>。これらは、被害者の権利と加害者の自由との調整過程にほかならない。

ここで注意しなければならないのは、民法709条において、故意・過失という要件は、加害者の権利に対する制約が過度にならないようにするための要件として定位されるのに対し、権利・法益侵害という要件は、被害者の権利・法益に一定の保護を与えるための要件として定位することができ<sup>135</sup>、両者の実質的な保護法益ないし保護の「方向性」が異なると解されるということである。すなわち、民法709条は、加害者の自由の保障と被害者の権利・法益の保護との適切な調整を図るために、権利・法益侵害（又はその危殆化行為）が発生すれば故意・過失が欠如していない限り損害賠償責任を肯定するという形で、権利・法益侵害の側面に重心をおいているものと考えられる<sup>136</sup>。したがって、（被害者側の保護のために吟味が必要となる）権利・法益侵害の要件こそが、民法709条の核心部分を構成するのであって、故意・過失に関する評価については、そこから一定の場合を加害者側に配意して除外するための消極的要素として機能するものであるとみることができる。同時に、民法709条は、究極的には被害者の救済を行うことが意図されていることの前提として、憲法13条の「個人の尊重」の理念に基礎づけられた民事上の個人の権利又は法律

上保護される利益の領域を一定の範囲で画定する効果を有するものであるとみることが可能である。この個人の領域に対する侵害こそが、権利・法益侵害にほかならない。

もっとも、近年の権利・自由重視型の潮流が社会の格差の拡大につながっていることを主張しつつ、不法行為法の一次的な目的は権利・法益の適切な保障・調整よりも法律秩序の維持に求めるべきであるとする学説もある<sup>137</sup>。この考え方は、基本権も「公共の福祉」のために制約されることを根拠としつつ、権利・法益そのものよりも、それが法律秩序により制約される観点を重視すべきであるとする。確かに、民法709条の副次的な効果として、法律秩序の維持という機能が存することは否定できない。しかし、基本権の「制約」はあくまで一定の基準の下に認められる例外措置であって、原則は基本権が「保障」されることである。そのうえ、「公共の福祉」に基づく基本権の制約に対してはさまざまな考え方が<sup>138</sup>、憲法12条及び13条にいう「公共の福祉」は基本権同士の衝突に根ざす内在的制約を注意的に規定したものであり、これはすべての基本権に共通すると解したうえで、とりわけ経済的自由については、内在的制約だけでなく政策的観点からの外在的制約が認められるものとする<sup>139</sup>、基本権の制約は「法律秩序の維持」のためだけでなく、むしろ他の基本権との内在的な衝突によることが原則となると思われる。したがって、不法行為法の一次的な目的は権利・法益の適切な保障・調整にあるとみるべきである。

このように考えると、不法行為が成立するためにまず認められなければならない要件は権利・法益侵害であるということになり、ここで保護されるべき権利・法益とは何か、またそれが侵害される場合とはどのような場合かを問うことが、真っ先に求められるとい

える。すなわち、違法性説や相関関係説のように、民法上の条文に規定されている権利・法益侵害をあえて違法性の概念に置き換える必要性はなく、また過失一元説のように、「過失」によって損害が発生した場合に一般的に不法行為となると解することも妥当ではないのである。不法行為の成立の判断に際しては、権利・法益侵害という要件の吟味こそが特に重要な意義を有すると考えられる。

なお、権利・法益侵害要件を不法行為の成否を決する鍵であるとする管見は、以下の点においても前述の権利・法益の適切な保障・調整という目的に適合的であると考えられる。すなわち、仮に過失一元説や故意・過失及び違法性二元説のように権利・法益侵害要件を放棄すると、たとえ権利・法益侵害があっても、「公共の福祉」に基づく基本権の制約に代表される他の要素により、侵害行為の差止めが否定される可能性があるという点においてである<sup>140</sup>。このような結果は、被害者の救済という観点には適合的ではないと考えられる。

## (2) 「権利・法益侵害」要件における「権利・法益」について

民法709条の射程範囲とする権利・法益については、権利論説によれば、権利者の範囲が明確であること、権利・利益の客体・内容が明確であること、具体的な被害者個人の個別的利益の保護を基礎づける実体法が存在することを必要とするものと解したうえで<sup>141</sup>、その範囲の画定は、「憲法の基本権保護要請の射程を探る作業」<sup>142</sup>として定位されている<sup>143</sup>。基本権保護義務論は、ドイツの議論にとどまらず、我が国の憲法解釈論においても憲法13条の「個人の尊重」の原理の確保に必要となる範囲内で、援用することが可能であると思われる<sup>144</sup>。そして、国家の基本権



保護義務が問題となるのは、個人の基本権法益<sup>145</sup>が他の私人等により侵害された場合であるから、侵害の主体を私人に限定する（すなわち自然災害等を除外する）限りにおいて、民法709条における権利・法益調整の問題に符合すると考えられる。このように考えると、民法709条における権利・法益の射程範囲の画定は、最終的には基本権法益相互間の衝突の問題に帰着し<sup>146</sup>、それを支える各基本権の思想を適切に理解することが重要であるということになる。

それでは、民法709条における権利・法益の内容については、基本権法益として認められるものである必要があると解することが適当なのであろうか。このような解釈については、民法709条の保護法益は憲法上の基本権に尽きるものではないとの批判がある<sup>147</sup>。確かに、民法709条にいう権利・法益を、憲法上規定された権利に限定するとすれば、それに該当すると想定しにくい権利に対する侵害について、その救済の道が閉ざされることになってしまう。その意味において、当該権利・法益は厳密な意味での基本権に限定されるものではない。しかしながら、そもそも憲法とは「国の最高法規」（憲法98条）であって、これは「すべての統治活動に対する憲法の優位性を明示するとともに、それが法規範として作用し、他の法規範およびその他の法的行為の効果を否定する実定的効力があることを明示」したものであると解されている<sup>148</sup>。そのうえで、基本権には主観的権利としての次元のほかに、私法を含む全法秩序を支配する客観的規範としての次元が存在し<sup>149</sup>、当該客観的規範としての「基本権法益」については、法律上保護される権利・利益のすべてにわたってその価値が充填されると解される<sup>150</sup>。換言すれば、客観的価値としての基本権法益の趣旨は、すべての法体系及びそこで保護され

る権利・利益の解釈において適切に考慮されなければならないものである。もとより各人が行使する「権利」といえば、主観的な側面が強く<sup>151</sup>、必ずしも基本権の客観的次元に常に権利性が見出し得るとはいえないが、民法709条において「権利」と同列に「法律上保護される利益」が位置づけられたことによって、法命題の形をとって現れる基本権内在型の全方位的な客観的原則規範についても、「民法709条の保護法益」に含まれることが明確化されたものと解される。したがって、全法秩序を支配する客観的規範としての基本権法益を吸収した「他人の権利又は法律上保護される利益」は、すべからず基本権又は基本権法益との一定の結びつきがあるといえる。よって、民法709条における権利・法益については、基本権法益から完全に分離されたものではあり得ず、多かれ少なかれ基本権法益に何らかの形で定礎され得るものであるということになる<sup>152</sup>。一部の学説において、「必要があれば、全法秩序にわたる広い範囲の価値判断を不法行為法に取り込むことが可能となる」ことが指摘されているが<sup>153</sup>、このような価値判断の基準となるのは、民法709条における権利・法益の内容を構成する基本権法益であると考えられる<sup>154</sup>。

実際、憲法13条において「包括的基本権」が保障され<sup>155</sup>、これが実質的に多様な権利を包含するものである<sup>156</sup>ことから、「包括的基本権」及びその他の個別の基本権に関する法益と完全に「無関係」とであると認めることのできる「法律上保護される権利・利益」を特定することは、そもそも困難であると思われる。また、個別の基本権についても、例えば憲法29条1項の財産権については、一般に「物権、債権、無体財産権、公法上の権利などを含む、財産的価値を有するすべての権利」<sup>157</sup>と解されるなど、権利の射程が概して

広く取られている。したがって、例えば絶対権とされる物権については財産権に関する基本権法益として定位され、生命・身体に関する利益については生存権（憲法25条）又は幸福追求権（憲法13条）に関する基本権法益として定位されるであろうし、不法行為法上しばしば問題となるプライバシーや名誉等の人格的利益に関する権利・法益についても、幸福追求権に関する基本権法益として定礎することが可能であるなど、「他人の権利又は法律上保護される利益」の多くは、主観的権利としての基本権に関する法益に直接その基礎をおくものである。主観的権利としての基本権に関する法益とは言い難い「他人の権利又は法律上保護される利益」についても、憲法ないし基本権に内在する客観的価値秩序が全方位的なものである以上、基本権と完全に無関係ではあり得ないといえる。

それでは、違法性説が積極的にカバーしようとした刑罰法規違反等の規範に対する侵害行為についてはどうであろうか。すなわち、このような行為は基本権法益に根ざす権利・法益の侵害として定位することができるのであろうか。そもそも、冒頭の事例においても示したとおり、故意又は過失による刑罰法規違反、取締法規違反、公序良俗違反となる行為があったからといって、それだけでただちに損害賠償責任を負うものではない。それによって、被害者において「損害」が発生し、その前提として権利・法益の侵害が認められることが必要であり、その際に初めて損害賠償責任が問われるものである。したがって、法規範に対する違反行為は、必ずしもそれ自体において基本権法益に根ざす権利・法益の侵害となるものとはいえない。しかし、「損害」を「被害者に生じた不利益な事実それ自体」<sup>158</sup>と定位する限りにおいて、法規違反等による行為に伴う損害の発生と同時に権利・

法益の侵害、すなわち基本権法益の侵害が発生するものと解することが可能である。例えば、道路交通法22条1項違反となる最高速度超過のスピードによる運転によって、刑法（明治40年法律45号）209条1項違反となる傷害を他人に負わせた場合には、刑罰・取締法規違反による行為に伴う損害が発生すると同時に、被害者において憲法上の「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」等に関する法益が奪われることとなると解されるから、他人の基本権法益を侵害したことになる。したがって、法規違反等による加害行為についても、被害者において基本権法益に関わる損害が発生している限り、「他人の権利又は法律上保護される利益」の侵害が認められることとなると思われる。

もっとも、このよう民法709条における権利・法益とは一定の範囲で基本権法益に定礎されるものであると解する考え方の下では、基本権そのものの特質も考慮しつつ、以下の3点に留意する必要がある。第一に、憲法上の基本権の中には、未成熟な権利も含まれており、社会の変化や時代の要請に応じてその法的権利性を強めていくものもあるということである。例えば、プライバシーの権利や知る権利などのいわゆる「新しい人権」は、憲法上の明文の規定もなく、かつては「権利」として十分に認知されていないものであったが、現代社会においてようやくその法的権利としての地位を獲得しつつあるものといえる。また、権利として認められた後に、その内容に関する共通理解が変化することもある。例えば、プライバシーの権利は、かつては「ひとりで放っておいてもらう権利」と解されていたが、近年では「自己情報コントロール権」として把握されつつある<sup>159</sup>。したがって、民法709条の解釈についても、そのような新しい基本権、「萌芽期」にある基本権に

ついても視野に入れながら、時々<sup>160</sup>の社会の要請を踏まえて柔軟に行う必要があると考えられる<sup>160</sup>。もっとも、これは不法行為法的保護が社会の権利概念の変容に先駆する<sup>161</sup>ことを含意するものではない。不法行為法以外の分野で「権利」ないし「基本権法益」としての保護がなされるようになった後に、それが民法709条に基づく保護を受けることとなるのである。したがって、民法709条は、権利の生成機能<sup>162</sup>を有しているものとまではいえないと考えられる<sup>163</sup>。

第二に、権利論説が主張するとおり、民法709条によって保護されるべき権利・法益は、その「保護を基礎づける実体法が存在する」ことが必要であると思われる。なぜなら、民法709条は、「侵害」の対象を「他人の権利又は法律上保護される利益」としており、「法律上保護されない利益」についてはその射程範囲外におかれていると解されるからである。ただし、後述のとおり、これは（たとえ抽象的にであっても）保護を基礎づける実定法上の規定が存在すればよく、必ずしも具体的に「権利」ないし「利益」という形で定められていることを要しない<sup>164</sup>。

もっとも、条文上、「権利」という用語に対しては「法律上保護される」という「限定」がかかっていないため、「法律上保護されない権利」まで民法709条の射程に入るかのごとく解釈する余地が残されているが、「法律上保護されない権利」とは「法的権利」としての地位を獲得していない背景的権利ないし道徳的権利のうち実定法上特定することが困難なものを指すものと思われ、これはそもそも法律上の「権利」に該当せず、民法上の保護の射程に入り得ないことから<sup>165</sup>、あえて先の「限定」を付す必要性がなかったことによるものと解される。すなわち、民法という法律の条文（709条を含む）に明記される「権

利」とは、すべからく法律上保護される権利にはかならないのであって、同法709条における権利・法益についても、当然に「法律上保護される他人の権利」と「法律上保護される他人の利益」を指すものと解すべきである<sup>166</sup>。換言すれば、「法律上保護されない他人の権利」又は「法律上保護されない他人の利益」に対する侵害は、民法709条に基づく損害賠償責任を惹起しないというべきである<sup>167</sup>。したがって、その限りにおいて、民法709条が目的とする権利の保障は、おのずから一定の限界を抱えているといえる。

そして、不法行為の成否のメルクマールは、かつて桃中軒雲右衛門事件で問題になったように、侵害の対象が「権利」と呼び得るものであるかどうかということにあるのではなく、「法律上保護される」べきものであるかどうかということにある。すなわち、すべての権利・利益が一律に民法709条によって保護されるのではなく、そこには法律上の保護に値するかどうかということに関する法的評価が介在する。この法的評価を「違法性」ということばで表現することも不可能ではないが<sup>168</sup>、「違法性」が民法709条の条文上の概念ではない以上、あえてそのような定義づけを行う必要性が乏しい<sup>169</sup>。それゆえ、民法709条の解釈論において、「違法性」の概念に依拠することは適切ではないと考えられる。

このとき、必ずしも実定法において「権利・法益」の名で規定されていないものであっても、当該立法においてその権利性ないし客観的原則規範性が見出されると認められるものである場合には、それは法律上の保護に値するものと解されることから、民法709条による「保障（ないし調整）」の射程に含めて差し支えないと思われる。そもそも民法709条は統一的不法行為要件であるから、「法律上保護される」ものの射程は、個別の実定法に

「具体的に」定められている権利・利益のみに限らず<sup>170</sup>、広範に解することが妥当である。

第三に、第二の点とも関連するが、基本権そのものではなく、基本権保護義務が実定法上具体化されていると解される場合があり得る。このとき、基本権保護義務に対応する主観的権利が認められ、それが基本権の一環を構成し、そこから導き出される基本権法益が民法709条による「保障（ないし調整）」の射程に含まれることがあるということである<sup>171</sup>。例えば、一定の通信妨害者に対する直罰規定である電気通信事業法（昭和59年法律86号）180条や有線電気通信法（昭和28年法律96号）13条等の法律上の規定から、憲法21条における「通信の秘密」や「通信の自由」を保護するための国家による通信制度を適切かつ安定的に運営する義務（以下「通信制度保護義務」という）を解釈上演繹することが可能であると思われる。この通信制度保護義務に対応した主観的権利としての「通信制度の安定的運営を求める権利」が認められ、それが憲法21条等に根ざす基本権の一環を構成するものとすれば<sup>172</sup>、他人の通信妨害行為により通信が途中で途絶えるなどの損害を受けた被害者は、憲法上の「通信制度の安定的運営を求める権利」に関する法益の侵害として、民法709条による保護を受ける余地があると解される<sup>173</sup>。

なお、権利侵害再評価説が指摘するとおり、近年の判例の動きをみると、権利・法益侵害の有無をめぐる不法行為の成立の可否が判断される局面が増えていると考えられる。その背景には、権利・法益として法的保護の対象とならないとされる人格的利益が潜在的に多数あるということが挙げられる。例えば、近年の判例には、放送事業者等から放送番組のための取材を受けた取材対象者が、取材担当者の言動等により当該取材で得られた素材

が放送に使用されるものと期待・信頼したとしても、その期待・信頼は原則として法的保護の対象にはならず、その侵害は不法行為とはならないとしたものがある<sup>174</sup>。また、株主総会において会社が従業員株主を先に入場させたために希望する株主席前方に着席できなかった株主について、それを理由に不法行為による損害賠償請求をすることができないことの理由として、株主の「法的利益が侵害されたということとはできない」旨が示されている<sup>175</sup>。今後、時代の要請等に応じて、このような未成熟な「権利・法益」をどのように法律上扱うかということについては、憲法上の基本権及び基本権法益をどのように定位するかの問題にも結びつき、慎重な検討が求められると思われる。

### (3) 「権利・法益侵害」要件における「侵害」について

以上の考察から民法709条において保護される権利・法益の範囲が一定程度明らかになったとして、それを「侵害」とはどのような状態を意味するのであろうか。この点については、権利・法益侵害が違法性に置き換えられて理解されてきた経緯もあり、不法行為法上の学説の展開が比較的乏しい<sup>176</sup>。しかし、管見のように権利・法益侵害を不法行為成立のための基幹的要件と解する限り、「侵害」の意義を明らかにすることは重要な意味をもつ<sup>177</sup>。換言すれば、従来の学説において「侵害」の意義について十分な議論が尽くされてこなかったことが、「権利侵害」の概念をいわば「軽視」する傾向を助長し、ひいては不法行為法の一次的な目的を変容させる結果をもたらしてきたともいえるのである。もとより、民法709条に基づく損害賠償責任を認めるためには、損害の発生だけでは不十分であり、その原因として、必ず他人の権利・

法益に対する侵害がなければならない。したがって、不法行為の成否の命運を握るのがこの「侵害」への該当性であるといっても過言ではない。とりわけ、現実の侵害ではなく、「侵害」のリスクを発生させるような行為をどのように捉えるかということに対する考え方は、当該成否のあり方そのものを大きく左右し得ることとなる。

この点に関し、従来の不法行為法に関する学説における議論から、「侵害」の概念についてどのようなことが導出できるかについて考察する。ここで参考になると思われるのは、「侵害」の結果としての「損害」をどのような形で「補填」することが求められるかということに関する考え方である。なぜなら、「損害」が「侵害」の結果として発生したことを前提とする限りにおいて、その埋め合わせに関する範囲を画定することは、「侵害」という行為の概念の外延を画定することとほぼ符合すると考えられるからである。このアプローチは、「損害」の発生と「侵害」行為との因果関係の成立を所与としているものの、侵害と損害との因果関係に責任の基礎をおくものではなく、あくまで帰責の根拠を他人の権利・法益の侵害に求めるものであり、権利の保障の問題と因果関係の問題とが混同されてはならない。また、「侵害」と「損害」とを同義に捉えようとするものでもない<sup>178</sup>。なぜなら、「侵害」とは加害者の動態的な行為事実を表すための概念であるのに対し、「損害」とは「侵害」の結果としての静態的な不利益状態（損害賠償のための金銭評価を受けるべき状態<sup>179</sup>）を示すための概念であって、両者はその観念を異にするからである。

ここで、損害賠償の基本的な考え方として確立していると思われるものが、「原状回復の理念」である。これは、一般に「権利が侵害された場合には、被害者は本来的には原状

回復（restitution）を請求しうべきところ、原状回復不能のために金銭賠償による外ない場合には、せめて被害者を少なくとも事故以前の客観的状态と価値的に同じ状態に置くべきである、という思想<sup>180</sup>と定位される。この理念については、多くの学説が支持しており<sup>181</sup>、その帰結として、「本来の権利の価値がどれほどのものかを判断することが重要になる」<sup>182</sup>ことが指摘されている。こうした考え方から示唆されるのは、権利・法益に関する「原状」、換言すれば加害行為が発生する以前の客観的な状態を、被害者の意思に反して、加害行為を通じて経時的に「悪化」（価値の減失）させることが、「侵害」となると解されるということである<sup>183</sup>。この場合において、加害者の権利・法益については加害行為自体による変化は何ら存在しないものと認められ、被害者の権利・法益に関する価値のみがその意思に反して合理的な理由なく一方的に経時的な低下を伴うことが必要である。したがって、「損害」を侵害によって発生した不利益状態と解する限りにおいて、「侵害」とは、法律上保護される権利・法益の「原状」における価値を被害者の意思に反して一方的かつ不当な形で経時的に減ずる行為であると定位することができる（便宜上、以下「原状減価説」という）<sup>184</sup>。もっとも、対象となる権利・法益の性質に応じて、「侵害」の具体的な態様も異なることとなろう。そのような態様の差異も踏まえた「侵害」の程度、すなわち価値の低下（悪化）の程度こそが、不法行為責任の程度を決する一次的なメルクマールとなるのであって<sup>185</sup>、一部の学説が指摘するような「権利・法益」の種類（絶対権又は相対権）がそれ自体としてその判断基準となるものではない。なぜなら、民法709条は統一的不法行為を定めているのであって、「権利・法益」の種類を何ら区別していないから

である。

これに対し、「侵害」の概念について、「損害」の意義に関するいわゆる「差額説<sup>186</sup>」からは、加害行為がなければ存在したであろう利益状態と加害行為が行われた後の状態とを比較し、両者に差異が存在する場合において、当該差異をもたらした行為と定位する考え方（便宜上、以下「差異説」という）が導かれよう。事実的因果関係を認定するための準則とされる「あれなければ、これなし」のテスト<sup>187</sup>は、この考え方の原点に立つものであると考えられる。しかし、不法行為の成立の効果として、権利・法益侵害と損害との間の因果関係（損害範囲の因果関係）に基づき損害賠償責任が発生することにかんがみると、差異説による場合には、原状減価説による場合よりも一般に「差異」を拡大することとなるから、被害者側がより多大な「利益」を得る結果をもたらすこととなる<sup>188</sup>。とりわけ、例えば医師が医療契約に基づく診療対象である患者に適切な治療を行わなかった場合など、「不作為による加害行為」のケースにおいては、この「差異」の相違は歴然となると思われる。しかし、このような結果は、前述の「原状回復の理念」と適合しないため<sup>189</sup>、「侵害」に関する差異説の定義づけは妥当ではないと解される<sup>190</sup>。換言すれば、「侵害」の解釈としての価値の低下を考える際の比較の原点は、不法行為がなければ存在していた可能性のある状態ではなく、不法行為以前の客観的な状態であるといえる。

以上の議論に基づく、現に顕在的な損害を発生させる場合だけでなく、権利・法益を著しく危殆化する行為（以下「危殆化行為」という）についても、それが従前の客観的状态と比べて権利・利益の価値の一方的かつ不当な経時的低下をもたらしていると認められる限り、「侵害」に含まれると解される<sup>191</sup>。

なぜなら、危殆化行為が実行されることによって、権利・利益の享有主体において当該権利・利益を危険から適切に保護するための格別の措置が求められるようになる場合には、その分権利の行使・利益の享受可能性に対するハードルが上がり、ひいては権利・利益の価値の一方的かつ不当な低下を招くこととなるが、これは現実の侵害によって権利・利益の価値の低下を招来した場合と比べて、その法的効果に顕著な差異が見られないと解されるからである。換言すれば、権利・法益が「侵害されていない状態」から「侵害された状態」への経時的な「悪化」を「侵害」と解する限りにおいて、当該悪化と、権利・法益が「危殆化されていない状態」から「危殆化されている状態」への「悪化」とは、ともに動的なマイナス方向への変化を意味する点において、共通しているからである<sup>192</sup>。もとより、このような危殆化行為については、従来の学説においては「侵害」行為としてではなく、一般に義務違反行為として捉えられてきた<sup>193</sup>。しかし、例えば国家の基本権保護義務について、基本権法益が侵害された場合の回復措置のほか、当該法益が危殆化に直面した段階でその危険を抑止することも含まれると解される<sup>194</sup>ことにかんがみると、危殆化行為は「侵害」行為の一類型として解した方が合理的であるように思われる。したがって、例えば法規規範への違反による危殆化行為に伴い、他人の権利・利益の価値の一方的かつ不当な低下が発生していることが認められる場合には、あえて「違法性」の概念等に依拠しなくとも、権利・法益侵害が生じているものと判断すべきであると考えられる。

危殆化行為の種類や程度にはさまざまなものが考えられるが、価値の低下の有無を判断するに当たっては、危険（リスク）の種類、すなわち抽象的危険か具体的危険かというこ

とではなく、危険の対象となる事象が発生する蓋然性に基づくべきであると考えられる。危険の具体化の蓋然性が低いと認められる場合には、権利・利益の「原状」はさほど変化しないものと推定されるからである。したがって、たとえ抽象的危険の発生にとどまる場合であっても、危殆化行為の程度によっては、すなわち「原状」における価値を減ずるものと評価されるほどに侵害に対する蓋然性が高い場合には、当該行為も権利・法益侵害の侵害に含まれ得ると解される<sup>195</sup>。

「侵害」の背景に権利・法益の価値の一方的かつ不当な経時的低下（悪化）があるとするれば、危殆化行為の場合に限らず、権利・法益が「侵害」されている状態とは、一見客観的な態様でありながら、同時に価値中立的ではない要素を伴うものであるということになる。すなわち、「ある権利・法益を現に明らかに侵害している行為」のほかに、「ある権利・法益に抵触するおそれがあるが、侵害しているとはまではいえない行為」というものも存在し得るのであり、ここに「侵害」の有無の判断に際して規範的な評価を行う必要性が生じる。このような場合、権利・法益の享有主体において発生している「損害」の程度に照らし、具体的にあとどの程度「抵触」の深度を推し進めれば「侵害」の状態に至るかが客観的に判定されなければならない、その限りにおいて、「権利・法益侵害」の要件は「相対化」されることとなる。このような評価が必要となる場合には、個々の権利・法益ごとに具体的な検討が行われなければならないからである。もっとも、個別の権利・法益の概念は社会の状況や人々の意識の変化に応じて変わり得るものであるから、柔軟な対応が必要となろう。

ここで注意を要するのが、以下の3点である。第一に、「侵害」の主体は私人であれば

誰でもよいのかどうかということである。思うに、民法709条の法文理に照らし、同条において想定されている「侵害」は、「故意又は過失に結びつけられる行為」である必要がある。よって、「故意又は過失に結びつけられる行為」を行う能力を有しない私人による行為は、ここでいう「侵害」に該当する余地はないと解される。そもそも、ある者の挙動について「故意又は過失に結びつけられる行為」と評価するためには、意思活動のための一般的な事理弁識能力<sup>196</sup>が必要であり<sup>197</sup>、この能力を欠いた者による挙動はここでいう「故意又は過失に結びつけられる行為」には該当しないと解される。したがって、民法上、未成年者等の一般的な事理弁識能力を有しないとされる者の行為については、「故意又は過失に結びつけられる行為」とは認められないことから、「行為適格」を有しない者による行為として、民法709条にいう「侵害」行為が生じる余地がなく、すべからず「権利・法益侵害」には該当しないと考えられる。逆にいえば、民法709条にいう「侵害」の主体とは、民法上の行為能力を有する者に限られると解される。

第二に、「侵害」行為が行われる前後の権利・法益の価値の比較の対象である「原状」をどのように評価すべきであるかということである。そもそも「原状」とは、「不法行為がなかったならばあるであろう状態」<sup>198</sup>であるが、これに関する捉え方についても、一般に規範的な評価を伴うこととなる<sup>199</sup>。なぜなら、「原状」が不明確である場合が少なくないからである。もっとも、この具体的な評価については、個別の判断に委ねざるを得ないであろう。

第三に、権利・法益侵害における価値の低下の「不当性」をどのように評価するかということである。この「不当性」は、「加害」

という概念（民法720条1項参照）と「侵害」という概念との相違を示唆しており、前者が理由等のいかにかわらず相手に被害をもたらした場合に用いられるのに対し、後者は一定の行為能力を有する者（行為適格を有する者）により一方的かつ不当に（正当な理由なく）相手に被害をもたらした場合を指すものである。作為による不法行為の判断の場合には、正当防衛・緊急避難・正当業務行為等の正当化事由がない限りは一応の不当性の推定が成り立つものと考えられるが、不作為による不法行為に関する判断の場合には、先行する作為義務が存在しない限り、たとえ権利・法益の価値の経時的低下が生じたとしても、その不当性が認められる余地は乏しいと考えられる。したがって、どのような場合に作為義務があり、権利・法益の「侵害」が成立する前提としての不当性が認められるかということが問題となる。本稿ではこの問題に深入りする余裕はないが、学説においては、親権者の監護義務（民法820条）、扶養義務（民法877条1項）、交通事故時における運転者等の負傷者救護義務（道路交通法72条1項）等の法令に基づく作為義務、雇用契約、医療契約<sup>200</sup>等の契約に基づく作為義務、先行行為に基づく作為義務<sup>201</sup>などが指摘されている<sup>202 203</sup>。

これに関連し、他人の権利・法益を「侵害」しているように見えるが、いわゆる違法性阻却事由又は責任阻却事由が存在するとされる場合にはどのように解すればよいのであろうか。前述のとおり、「侵害」の概念は、それ自体において規範的な評価を含むものであるから、正当防衛・緊急避難等の法律上正当化されるべきやむを得ない行為、すなわち社会的規範に照らして他人の権利・法益の価値の低下をもたらすことが許容されると認められる加害行為については、そもそも「侵害」と

はならないものと解すべきである。これを具体的にみると、正当防衛・緊急避難・自力救済・正当業務行為については、行為者の具体的な状況における行為として定位されるが<sup>204</sup>、これらはいずれも自分自身の権利・法益を正当に保護することを目的とした行為である。このとき、そのような目的の下で行われる加害行為は、他人の権利・法益の価値の低下を招き得るものの、その代償として自己の権利・利益の価値が低下するのを防いでいることから、権利・利益間の適切な調整の問題に帰着し、一方的かつ不当な行為とはいえない。したがって、それは「侵害」とは認められない種類の行為であり、「権利・法益侵害」には該当しないと解すべきである。また、被害者の承諾については、「侵害」と評価されるためには被害者の意思によらないことが必要であることにかんがみ、「侵害」されるべき権利・法益がそもそも存在しないことを意味することから、もとより「権利・法益侵害」が生じる余地がないと解すべきである<sup>205</sup>。

また、いわゆる責任能力については、行為者の個人的な資質を考慮して責任から解放するものとして定位される<sup>206</sup>。前述のとおり、「侵害」行為の主体となるためには行為適格を有することが条件となることから、それを有しない未成年者等の行為については、「侵害」と認められる余地がないと解すべきである。

以上のように、対象となる行為が一方的かつ不当なものであるかどうか、一定の「行為適格」を有する者による行為であるかどうかという点においても、「侵害」の概念に対する規範的な評価が介在することとなるのである。よって、民法712条・713条や720条については、責任阻却事由や違法性阻却事由を定めたものと解すべきではなく、また過失一元説のいう過失阻却事由でもなく、そもそも



「侵害」に該当しない行為を明示的に確認した規定であると解すべきである。

#### (4) 「故意」の概念について

次に、「権利・法益侵害」と対置されるべき（あるいは「責任成立の因果関係」<sup>207</sup>で結ばれるべき）「故意・過失」という要件について考察する。付言するまでもなく、権利・法益の侵害があったとしても、一般にはそれだけでただちに不法行為が成立するものではなく、具体的な侵害行為が法的に非難されるべきこと（すなわちそれ自体として無価値であること）に関する規範的評価を経る必要がある。この評価は、不法行為に対して損害賠償という法的保護を与えることが適当かどうかという観点からの価値判断にほかならず、その評価を行う事由となるのが「故意・過失」という要件である<sup>208</sup>。故意も過失も行為者の主観的要素と完全に無関係では存在し得ないという点においては共通すると考えられるが、故意の判断においては加害者自身の意思が重視されるのに対し、過失の判断においては加害者本人ではなく平均的な通常人の能力が基準とされざるを得ないと考えられる点において、両者は大きく異なるといえる。また、過失は故意が存在しない場合に限り考慮されるという意味において、故意と過失とは概念的に排斥し合うものである<sup>209</sup>。

まず、「故意」についてであるが、不法行為法においてこれが問題となることは比較的少ない。「故意」は、一般に「一定の結果の発生すべきことを知りながら、あえてある行為をするという心理状態」<sup>210</sup>と解され、加害者の主観的要素として定位されてきた。管見も、「故意」とは、行為者の意思に基づく責任であると解する。当該意思が、他人の権利・法益の侵害という価値の低下を目指す悪意を含んだものであるがゆえに、法的に非難され

ることとなるのである<sup>211</sup>。この「故意」の概念をめぐることは、主に以下の点において、学説上の見解の相違が見られる。

第一に、故意の有無の判断に当たり、結果の「認識」ととどまらず、「容認」を必要とするかどうかということである。刑法においては、故意と過失との区別が非常に重要であるため、認識ではなく容認を当該区別の分水嶺とする価値はあろう<sup>212</sup>。しかし、民法709条においては、故意責任が加害者の意思に基づき判断されることを踏まえると、結果を認識しつつ行動したかどうか故意の有無を判断する分水嶺となると考えられる<sup>213</sup>。しかも、民法709条における故意と過失との区別は、条文上はその効果に本質的な差異はないから、あえて「故意」のハードルを上げる必要性も乏しいと思われる。したがって、結果を容認していなくても認識さえしていれば、故意を認めるべきである。

第二に、違法性の認識を故意の要件とすることかどうかということである。すなわち、ある学説は、故意が認められるためには「『この行為の結果なんらかの法的責任を生ずること』についての抽象的認識」が必要とするが<sup>214</sup>、法律行為において法律効果帰属の要件として「適法性の認識」が要求されていないことを根拠にこれを否定する見解もある<sup>215</sup>。後者の立場によれば、加害者が権利・法益の侵害を認識していれば、それだけで故意責任を帰責し得ることとなる。思うに、前述の「故意」のハードルをあえて上げる必要性の乏しさに加えて、そもそも故意は権利・法益侵害に対する意思なのであるから、違法性の認識までも故意の要件とする必要はないといえる。むしろ、故意の射程を広くとったうえで、損害賠償責任を認めるに当たり、保護されるべき権利・法益の程度・態様と故意・過失の度合いとを相関的に衡量する際に、故

意の具体的な程度を考慮し、それに応じた責任の度合いを導くことが適当である。

第三に、一般に客観的要素として捉えられるようになった「過失」との不連続性である。これについては、故意と過失とは帰責根拠が異なることを理由に不連続性を認める見解<sup>216</sup>と、両者の連続性を求める見解<sup>217</sup>とが対立している。思うに、後述のとおり「過失」には主観的要素がまったく含まれていないと解するのは妥当ではなく、その限りにおいて、主観的要素としての意思に基づく「故意」との一定の連続性は確保されているといえる。また、仮に過失の客観的側面（結果回避義務）を強調し、故意の主観的側面（意思）に焦点を当てる場合であっても、両者が異なる種類の帰責根拠を有するからといって、条文解釈上の齟齬を招来するものではなく、特段の不合理性は生じないと思われる。

#### (5) 「過失」の概念について

次に、「過失」の概念をめぐるこれまでの学説の主な流れを顧みると、いくつかの論点が浮き彫りになる。まず、学説上発展した客観的要件としての「違法性」概念との峻別可能性を背景として、「過失」とは、主観的要件かそれとも客観的要件かということが問題となる。かつての通説は、「過失」を主観的要素として捉え、「結果の発生することを知るべきでありながら、不注意のためそれを知りえないで、ある行為をするという心理状態」<sup>218</sup>として定義していた。この定義の下では、過失は予見（認識）又は予見可能性に基づく心理状態という主観的な事実として捉えられる<sup>219</sup>。すなわち、予見可能性があったのに的確に予見せず、加害行為に及んだことが非難され、それが過失責任となる<sup>220</sup>。

しかし、前述の定義における「知るべき」という要素は、客観的な行為義務を含意して

いると考えられる。したがって、かつての通説は、過失が「心理状態」という主観的要素であることを主張しつつも、それが客観的行為義務違反に基づくものであることを暗黙裡に承認していたといえる。そもそも、過失の有無の判断は、故意の場合と異なり、行為者の心理状態のみに基づいて行うことは極めて困難である。不注意であったと責められた行為者が、「心の中で意思の緊張を継続させており、決して不注意はなかった」と主張さえすれば、過失が認められないことになってしまうからである。しかも、過失責任の原則の下では、単なる心理状態が帰責根拠になることは合理的ではなく、行為者が損害の発生を実際に防止することができたにもかかわらず、それを防止しなかったという点に責任の根拠があるということが主張されるようになるにつれて、過失を心理的に定義することに対して疑問が呈せられるようになった。その結果、過失とは、加害者の単なる心理状態ではなく、通常人の能力を基準として、予見可能性のある被害を回避すべき客観的な結果回避義務違反であるとする考え方が通説的見解を占めるに至った<sup>221</sup>。仮に過失を結果回避義務違反と定位すれば、本人の心理状態にかかわらず、結果発生防止のための措置を講じていなければ過失が認められることとなる反面、結果発生防止のための措置を講じてさえいれれば過失が認められないという可能性も秘めているため、過失の認定を限定的にする可能性がある<sup>222</sup>。その結果、受忍限度を超えた損害を他人に与えた場合には、結果回避可能性のいかににかかわらず、過失を認める考え方も有力に主張されており<sup>223</sup>、これによれば、過失は純粋に客観的な問題ということとなる。

ここで考慮すべきであるのが、「通常人の能力を基準とした客観的な結果回避義務違

反」とは何かということである。これを不法行為の客観的要素としての「違法性」に関する判断であると捉える考え方もある<sup>224</sup>。また、行為不法型の故意・過失及び違法性二元説によれば、「違法性」の判断においては行為義務違反が問われるのであるから、過失が「結果回避」という行為に関する義務違反として定位されるとすれば、必然的に過失は「違法性」概念に吸収される<sup>225</sup>。それでは、過失はもっぱら「違法性」の問題として捉えるべきなのであろうか。

そもそもここでいう「結果」とは、民法709条の法文理上、「損害」ではなく、「権利・法益侵害」の事実を指すものと解される<sup>226</sup>。したがって、「結果回避義務違反」とは、「通常人であれば権利・法益侵害を回避することが可能であったはずなのに、行為者の事情で、権利・法益侵害を発生させた事実」にほかならない。すなわち、通常人の能力水準に基づいた客観的行為義務が設定され、たとえ行為者の能力ではそれを守ることができない場合であっても、行為者を非難し得ることを示したものである<sup>227</sup>。そして、ここでいう「客観的行為義務」とは、個別の法律に基づき設定されているものではなく、権利・法益侵害の防止の観点から想定される社会の要請に基づき設定される規範的義務である。したがって、過失に関する判断基準は、一部の学説が指摘するとおり、主観的な非難可能性ではなく、社会的な信頼の保護に求められることとなる<sup>228</sup>。換言すれば、通常人の能力水準に基づいた客観的行為義務に違反し、社会的な信頼に背くことが、過失責任の最大の帰責根拠となるのである<sup>229</sup>。したがって、過失については、一次的には、社会の信頼を裏切る形で結果回避義務に違反した行為の態様を表す客観的要件として把握されるべきである<sup>230</sup>。過失の帰責根拠を社会的な信頼への背反に求める

ことについては、「過失責任において信頼の裏切りが帰責の根拠になるとすれば、責任能力を有しない幼児や心神喪失者でも他人の信頼を裏切った場合損害賠償責任を負担することになるはずである」と批判する見解がある<sup>231</sup>。確かに責任能力を「過失」そのものの前提としての判断能力と捉えると、このような矛盾が生じ得る。しかし、前述のとおり、責任能力は故意又は過失に結びつけられる権利・法益侵害の行為を行う前提であると解すべきであり、過失という要素それ自体の前提ではない。したがって、そもそも権利・法益侵害を行う能力のない者による信頼の裏切りとしての「過失」は、民法709条上の問題とはならないのである。

もっとも、以上の考え方は過失が主観的要素と完全に無関係であることを意味するものではなく、過失の認定という規範的評価に際しては、行為者の心理状態に関する事実も含めて総合的に判断されるべきものである<sup>232</sup>。社会の信頼を裏切る形となってしまった背景に、行為者の注意の状態（心理状態）に関する特殊な事情があれば、それは結果回避義務違反に関する評価に際して必要に応じて考慮されるべきである。その限りにおいて、結果回避義務違反の判断に主観的要素に関する事実が加味されることとなる<sup>233</sup>。したがって、結果回避義務への違反という客観的要件に、主観的要件としての心理状態（行為者の不注意等）が加味されながら、過失の有無が判断されることとなる<sup>234</sup>。

一方、以上を前提とすると、結果回避義務とは、予見可能性（危険が予期できたこと）の有無を問うものであるかどうかということが問題になる。すなわち、結果回避義務の前提として予見可能性が必要であるとする立場（以下「予見可能性必要説」という）<sup>235</sup>からは、予見可能性がないと認められる場合には、

通常人が予見できないことは回避することも困難であるから、結果回避義務の存在が否定され、過失責任も否定されることとなる。他方、結果回避義務の前提として予見可能性が不要であるとする立場<sup>236</sup>からは、予見可能性の有無を問わず、結果回避義務の存在が肯定され、過失責任も肯定され得ることとなる。思うに、通常人の能力水準に基づいた結果回避のための客観的行為義務を設定するためには、その前提として、行為者において権利・法益侵害が生じる可能性が予見できること及びそれが予見すべきであったと認められることが必要となると考えられることから、予見可能性の存在は必要であると思われる。仮に行為者において危険の予見が完全にできなければ、引き起こされた権利・法益侵害とそれに伴う損害について、責任を負わずことは困難であると考えられる。

更に、予見可能性必要説の立場からは、抽象的に何らかの権利・法益侵害が引き起こされる可能性があることが予見できれば（すなわち抽象的危険の予見可能性があれば）十分であるとする考え方（以下「抽象的危険説」という）<sup>237</sup>と、具体的な結果回避義務が導出される程度の内容が予見できることが必要であるとする考え方（以下「具体的危険説」という）<sup>238</sup>とがある。思うに、これは「抽象的」なものと「具体的」なものととの分水嶺が不明瞭である以上、一概にどちらの考え方が適当かの判断を行うことが困難であるが、結果回避義務は通常人の能力水準に基づき設定されるものであるから、その前提として、予見される範囲についても通常人の能力水準にしたがって画定されるべきであり、その限りにおいて当該範囲にはおのずから限界があるものと考えられる。したがって、必ずしも常に具体的な危険が予見できていなければならないというものではないと解される<sup>239</sup>。もっとも、

予見されるべき危険の範囲については、個別に検討される必要があり、例えば公害問題においては、企業が予見すべき範囲は被害者救済の観点から広範にならざるを得ないことなど、一律に画定可能なものではないと思われる<sup>240</sup>。

加えて、結果回避義務については、一定のリスクに対する予防にも原則として及ぶものと解すべきである。権利・法益侵害に伴う損害が甚大で不可逆的なものとなることが見込まれるような場合<sup>241</sup>においては、行為の時点において当該権利・法益侵害の惹起に対する蓋然性が不確実ないし予見可能性が乏しいものであったとしても、行為者には原則として結果回避義務としての「予防義務」が課され、その違反に対しては過失責任が問われるべきである<sup>242</sup>。ただし、過失の認定に当たっては加害者の行動の自由に対する配慮も必要であるため、見込まれる損害が軽微で容易に回復可能なものである場合には、リスクに対する過失責任は認められないと解すべきであり、この分水嶺をめぐっても、個別の適切な判断が必要となる。

以上より、民法709条にいう過失とは、一定の予見可能性を前提としつつ、通常人の能力水準を基準として設定される客観的な結果回避義務に対して、行為者の不注意等により、社会の信頼に背いて違反することを表すものと理解すべきである。

なお、過失一元説における「過失」に対する考え方については、主に以下の3点から妥当ではないと考えられる。第一に、「過失」について、相関関係説の行う「違法性」判断に関する利益衡量をも含む「高度な政策的価値判断」<sup>243</sup>と定位することは妥当ではない。なぜなら、「故意・過失」と「権利・法益侵害」とを常に不法行為の成立要件として要求している民法709条の法文理を過失一元説で

説明しようとする、条文上の狭義の「過失」概念と「高度な政策的価値判断」を伴う広義の「過失」概念との双方を想定せざるを得ないこととなるが、これは解釈論上適切なものとは認めがたいからである<sup>244</sup>。第二に、そもそも「高度な政策的価値判断」を「過失」概念に行わしめる役割を期待すること自体が適切ではない。なぜなら、「過失」は「権利・法益侵害」との因果関係で結ばれるものであり、「権利・法益侵害」という行為についてそれがどの程度信頼に背反したものであったかということ（「背信性」の程度）を客観的な基準に基づき問うものであって、行為の結果としての効果（不法行為の成立に関する価値判断）を直接判断するための要素ではないからである。仮に「過失」に「高度な政策的価値判断」に関する役割を期待するとすれば、「過失」があれば「損害」が認められ、一般的に不法行為が成立する<sup>245</sup>という形で、「権利・法益侵害」がいわば「骨抜き」になるおそれがあるが、このような解釈は民法709条の文理にそぐわないものである。第三に、責任阻却事由とされる民法712条及び713条について、過失一元説の考え方からは、具体的な行為者が、「その行為からの損害発生危険の予見可能性を期待すべきかどうか」という形で問題が設定される<sup>246</sup>こととなるが、これは論理的矛盾を内包している。なぜなら、「過失」に関して、それを通常人の能力水準を基準として設定される客観的な結果回避義務（予見可能性を前提とする）に対する違反による信頼への背反として定位する限りにおいて、行為者の個人的能力と直接関係しないこととなる<sup>247</sup>が、民法712条及び713条において具体的行為者の予見可能性を問うことは、個人的能力を問うことを意味するからである<sup>248</sup>。すなわち、危険の予見可能性の判断に際して行為者の個人的能力をその要素の一つ

とするためには、それを「過失」の有無そのものの問題から分離する必要がある。したがって、責任能力の欠如した者による行為については、通常人の能力水準を基準として判断される過失の存否に関する判断の対象となるべきかどうか問われるのではなく、主体が行為適格を有する者に限定される（故意又は過失に結びつけられる行為としての）権利・法益侵害の存否に関する判断の対象となるべきものであるかどうか問われなければならないのである。

#### (6) 不法行為の成立をめぐる行為の評価について

「権利・法益侵害」と「故意・過失」とが不法行為が成立するための要件であるとして、両者の有無に関する判断は段階的に行うべきものであろうか、それとも一体的に行うべきものであろうか。これは、損害賠償責任を負わしめることが適当であると認められるほどの他人に対する加害行為をどのようなプロセスで評価するかということに関する問題にほかならない。

従来の学説の主な流れをみると、不法行為の成立をめぐる評価のうち、いわゆる因果関係や責任能力の問題を除いた部分（以下「行為評価」という）については、当初は、「故意・過失」（主観的要件）と「権利侵害」（客観的要件）による二段階の評価が行われていた。ところが、違法性説や相関関係説の登場により、「故意・過失」（有責性）と「違法性」による二段階の評価に置き換わることとなった。やがて、過失一元説や違法性一元説が有力に主張されるようになるにつれて、「過失」と「違法性」との間の概念の重複が指摘され<sup>249</sup>、その結果として「有責性」と「違法性」とを区別することが困難であるとの認識が共有され、「過失」又は「違法性」という一段

階の評価に収斂する傾向が強まった<sup>250</sup>。その後、学説が多様化していくのに伴い、再び有責性と違法性という二段階の評価が有力になりつつあるといえる。多くの学説において、行為に対する客観的な非難を「違法性」として把握し、行為者に対する主観的な非難を「有責性」として把握することについてはほぼ共通している<sup>251</sup>。

このように、行為の評価については、「故意・過失」の有無を単独で評価すべきか、それとも「権利・法益侵害」又はそれに代置される「違法性」の有無との一体的枠組みの中で評価すべきか、という論点において、分水嶺が形成されているといえる。これは、民法709条にいう「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した」ということを、「故意又は過失」という第一段階の評価と「他人の権利又は法律上保護される利益を侵害」という第二段階の評価とに区分して考えることが適当であるか、それとも両者を不可分一体のものとして一元的に考えることが適当であるかの問題に帰着するといえよう。これは同時に、「故意・過失」の有無を「有責性」の問題と捉えてよいか、また「権利・法益侵害」の有無を「違法性」の問題と捉えてよいかという論点をも内包しているといえる。

思うに、前者の論点については、「権利・法益侵害」と「故意・過失」を行為の評価に関する要件と考えるべきであるとする管見を前提とすると、不法行為の成否を判断する段階においては、「権利・法益侵害」と「故意・過失」という二段階（二次元）の評価をそれぞれ行うべきものと解することが妥当である。なぜなら、前述のとおり、故意・過失に関する要件は加害者の責任の減免を、権利・法益侵害に関する要件は被害者の保護を、それぞれ一次的な目的としており、両者の「評

価の視点」が異なると考えられるからである。評価の視点が異なる限り、原則として別個の評価プロセスを経ることが妥当である。これは、評価の明確性及び透明性の確保にも資することにもつながる<sup>252</sup>。

他方、「違法性」という一段階の評価に収斂することを主張する立場からは、「違法性」の要素としての「侵害行為の態様」と「有責性」の要素としての「故意・過失」とが一元的に判断されることとなる。このとき、少なくとも絶対的な権利に対する明らかな侵害行為が行われた場合には、ただちに「違法性」が認められる可能性もある。このような場合、不法行為の成否に関する判断に当たり、故意・過失の有無は違法性の有無の判断の際に検討されないこととなるが、民法709条はそれでもなお故意・過失の有無の判断を（常に）要求している以上、当該有無を改めて確認する必要が生じる<sup>253</sup>。これは、たとえ形式上一段階の評価を行おうとしても、事実上二段階の評価が必要となる場合が生じるということ、ひいては二段階の評価の相対的妥当性を示唆しているものと考えられる。

他方、後者の論点については、「権利・法益侵害」について、被侵害利益が法律上の保護に値するかどうかということに関する法的評価をあえて「違法性」という概念で説明する必要がないことは前述のとおりである。ある学説が主張するように、「違法性」を「行為が、行為として考察された場合に、一般人に向けられた法秩序の命令・禁止に反するものとして、一般的非難に値するといえるか否かの判断」<sup>254</sup>として定位する場合には、そもそも原状減価説に基づき客観的に判断されるべき権利・法益侵害が、そのような形で一般的非難に値する行為であるといえるか否かの判断を必要とするかどうかについては疑問があると言わざるを得ないため、「違法性」を

問うこと自体が有意ではないということになる。また、「過失」について、客観的な結果回避義務違反に基づく信頼に背く行為と捉える限りにおいて、それを「有責性」と定位することには疑問がある。なぜなら、そもそも「有責性」とは、「行為者個人に対して非難を加えることができるか否かの判断」<sup>255</sup>を意味するものと解されるが、客観的な結果回避義務違反については行為者個人の能力とは直接関係しないものであり<sup>256</sup>、また信頼に背くことについては相手方の期待に反することであって、いずれも行為者本人に対する人的非難可能性の程度が低いと考えられるからである<sup>257</sup>。したがって、前述の二段階の評価は「有責性」と「違法性」の段階を踏むと解すべきではなく、あくまで「故意・過失」と「権利・法益侵害」という民法が要求する要件のそれぞれにつき判断されるものと解すべきである。

もっとも、この二段階の評価が完了し、「故意・過失」とそれによる「権利・法益侵害」とがともに認められ、不法行為が一応成立するとして、最終的な不法行為責任（損害賠償責任）の程度を判断する局面においては、相関的な衡量が必要となる。すなわち、その限りにおいて、不法行為の成立をめぐる相関関係説の主張に接近することとなるが、被害（原状から悪化した権利・法益の価値の変化幅）の程度と故意・過失の度合いとが衡量されるべきである<sup>258</sup>。例えば、被害の程度が重大であれば、すなわち権利・法益侵害の度合いが大きければ、行為者の故意・過失（結果回避義務違反）の度合いが小さくても、加害者は本来有している自由の範囲を超えて加害行為に及んだものとして、被害者の救済のために重い不法行為責任が認められることもあり得よう。

#### (7) 違法性の概念について

それでは、条文上の権利・法益侵害要件をあえて「打破」してまで多くの学説の支持を得た「違法性」の要件とは、そもそも何であろうか。ここで注意しなければならないのは、「違法性」ということばはしばしば多義的に用いられ、これが不法行為に関する議論の混乱を深める一因を構成していると考えられるということである。すなわち、「権利侵害」に代わる不法行為成立のための一構成要件、換言すれば不法行為法上帰責される行為の客観的な属性として捉えられる狭義の違法性と、「有責性」と対置される概念として用いられる広義の違法性とは、意味合いが異なるということである<sup>259</sup>。したがって、例えば狭義の違法性を介在させない故意・過失及び権利侵害二元説においても、過失の有無等の判断を通じて、不法行為の成立の判断に当たり広義の違法性が考慮されているとされる<sup>260</sup>。よって、ここでの問題の焦点は、これらの多義的な違法性の概念を踏まえながら、それをどのように捉えるべきであるかということになる。

既述のとおり、初期の学説において、違法性の概念は、「権利侵害」に代わる客観的要件として捉えられていた<sup>261</sup>。これによれば、違法性の本質は、生じた結果に対して損害賠償責任を負わせるために必要となる客観的な法的非難にあることとなる。もっとも、このような客観的な概念を要件とすることによりその判断が恣意的になることを回避するため、相関関係説に見られるように、被侵害利益の種類と侵害行為の態様との相関関係を考慮することが説かれた<sup>262</sup>。この考え方を「発展」させ、侵害される利益を「権利およびそれに準ずる法的に強固に保護された利益」とそれ以外の利益とに類型化しつつ、前者の侵害行為があった場合には、正当防衛等の特別

の正当化事由のない限り侵害行為の態様を問うことなく違法と判断すべきであるとする学説も主張されている<sup>263</sup>。また、第2節において述べたとおり、被侵害利益の種類や侵害の程度を問うことなく、もっぱら侵害行為の態様のみを考慮して違法性を判断することが可能な場合も存在することも主張される<sup>264</sup>。実際、ある学説によると、「違法性」概念が最も「活躍」するのが、「権利・法益侵害を伴わない不法行為」のケースであるという。このようなケースが存在すると仮定すると、権利・法益侵害が違法性と読み替えられる以上、権利・法益侵害を伴わない場合においては、特に行為が違法であることの認定が必要になり、その基準の一つとして取締法規違反が位置づけられる<sup>265</sup>。この考え方を敷衍すれば、違法性説や相関関係説のように権利・法益侵害を違法性と読み替える限りにおいて、権利・法益侵害がなくとも、取締法規違反があれば、不法行為が成立する場合があるということになる<sup>266</sup>。

しかし、やがて違法性の有無を判断する基準として「侵害行為の態様」に代えて侵害行為における加害者の主観的要因を考慮すべきであることが主張されるようになると<sup>267</sup>、「違法性」は故意・過失といった行為者の主観的な要素を吸収しつつ構成されているのではないかと考えられ、これを純粋な客観的要因として捉えられることに疑問が呈されるようになった。この立場からは、不法行為の成否の要件としての「過失」の有無の判断のための手がかりとして違法性が定位されるという考え方<sup>268</sup>や、相対的な権利・法益の侵害においては違法性の概念によって帰責根拠が基礎づけられるという考え方<sup>269</sup>など、過失や権利・法益侵害を補完するための機能を有するものとして違法性を捉える見方が有力となった。そのような中で、違法性の判断で行われ

る評価操作が、過失の判断の際の評価操作と類似・重複し、過失の概念が違法性の概念を包摂し得ると主張されるに至った<sup>270</sup>。この立場は、被侵害利益の種類・程度と加害行為の態様等の諸因子の相関衡量の結果、損害が受忍の限度を越えていれば、予見可能性の有無にかかわらず過失を認めるとする新受忍限度論と称される学説<sup>271</sup>にも結びついた。

他方、「過失」と「違法性」の融合の流れを止め、違法性の概念には「過失」に包摂しきれない別の機能が備わっているという主張も現れた。すなわち、侵害行為が客観的にみて法秩序に反する行為であり、そのような違法な行為により損害が引き起こされたがゆえに「制裁」が加えられるという法的評価機能が違法性の概念には存在するため、違法性と過失とを基本概念として併置させることも有益であるということが指摘されている<sup>272</sup>。このようにして、「違法性」の概念は「独り歩き」し、不法行為法の解釈論に混乱をもたらすこととなったのである。

思うに、「違法性」の概念のもたらした混乱の最大の要因は、それを不法行為成立に関する判断材料として掲げたことよりも、むしろ「違法性」を評価するための重要な要素であり実定法上の要請でもある「権利・法益侵害」という要件を独立の要件から外し、その意義を事実上没却させたことにある<sup>273</sup>。「故意・過失」と「権利・法益侵害」とを不法行為の成否の判断材料としている民法709条の下では、違法性一元説のように両要件を総合的に判断した結果として「違法性」という概念を定位するのなら理解できるが、それを「権利・法益侵害」という要件を読み替えるために掲げ、「故意・過失」と並置させようとしたところに最大の過ちがあったのである。「権利」概念の本来の狭さを「救済」することは、「権利」の解釈によりある程度可



能となることはもとより、学説（権利拡大説）・判例の蓄積により徐々に「醇化」され、「法律上保護されるべき利益」が明文化されたことによりいわば「完成」されたのであり、もはや「権利・法益侵害」に代わる要件としての「違法性」は不要となったのである。したがって、前述の学説において指摘されていた「権利・法益侵害を伴わない不法行為」なるものは存在しないのであり、たとえ取締法規違反の場合であれ、問題となるのは法規に違反したという「違法性」ではなく、違反したことによって「権利・法益侵害」という結果が生じることなのである。一部の学説の指摘するとおり、取締法規違反等は、「不法の形式」にすぎず、「不法実体」（不法評価の実体的要素）ではないともいえる<sup>274</sup>。同時に、権利・法益侵害は認められるが、法規違反は認められないにもかかわらず、不法行為が成立する場合も存在し得る<sup>275</sup>。

したがって 違法性という概念については、仮にそれを用いる必要があるとするならば、不法行為の成立要件の一つではなく、故意・過失や権利・法益侵害といった不法行為の成立要件を考慮（評価）したうえで得られる最終的な不法行為の成立に関する判断の結果を表すものとして、理解されるべきである。すなわち、違法性の有無は、発生した損害の原因となった権利・法益侵害という行為に対してではなく（そもそも民法709条における権利・法益侵害行為は、「法律上保護される」ものに対する侵害であるから、それを正当化する事由がない限り違法である）、発生した損害に対してその原因も含めて総合的に評価した結果として得られるべき判断である。違法性の概念をこのように捉える限り、前述した従来の「違法性阻却事由」ということばの用法の不適切さが裏づけられる。なぜなら、例えば正当防衛や緊急避難については、加害

行為がやむを得ないものであったかどうか、すなわち加害行為の「侵害性」（又は正当性）について判断されるべきものであるから<sup>276</sup>、いわば「権利・法益侵害性」を「阻却」するものであり、不法行為の成否の最終段階における「違法性」を阻却するための判断材料ではないからである。

#### (8) 不法行為責任をめぐる行為不法と結果不法について

故意・過失と権利・法益侵害の存在により発生した損害について不法行為が成立することを前提としつつ、最終的な不法行為責任（損害賠償責任）の度合いを判断する局面において相関的な衡量が必要となるとして、当該衡量に際して必要となる総合的評価の「物差し」については、従来の学説では2つの側面から議論されてきたことは前述のとおりである。すなわち、第一に、客観的な行為の態様をもって不法行為責任の度合いを判断する「行為不法」の考え方（以下「行為不法説」という）である。これは一定の行為義務の存在を前提としつつ、それに対する違反を「違法」と解するものである。この側面は、過失を客観的な行為義務違反として把握する場合には、過失の有無に関する判断に吸収される<sup>277</sup>。行為不法説によれば、行為者が適法な行為をとることが可能であったにもかかわらず適法ではない行為をとった（すなわち行為義務に違反した）ことに対して無価値判断が定礎され<sup>278</sup>、権利・法益侵害の結果は不法行為責任の程度に反映されるべきものではないとされる。第二に、一定の権利・法益侵害という結果によって不法行為責任の度合いを判断する「結果不法」の考え方（以下「結果不法説」という）である。これは、行為が不法行為として成立するための要素として、原則として「権利・法益侵害」に伴う損害の発生

又はその危殆化という結果が引き起こされたことを重視するものである。結果不法説によれば、他人の保護法益を侵害するという結果を惹起したときに、その行為について、不法行為責任が発生する<sup>279</sup>。

思うに、行為不法説は「加害者」が一般的に認められる行為義務に違反したかどうかを問う点において加害者寄りの判断基準であり、結果不法説は「被害者」がどのような権利・法益侵害を受けたかを問う点において被害者寄りの判断基準であるといえる。前述のとおり、不法行為法の一次的な目的は権利・法益の適切な保障・調整であり、究極的にはまず被害者の救済が考慮されるべきであるから、被害者側の視点に立った結果不法説の考え方を基本とすべきである。しかし、結果不法説といえども、「違法」であることに関する評価を受けるのは人の行為にほかならず、当該行為に注目するという点においては、行為不法と一定の共通性を有する。すなわち、権利・法益侵害という客観的事実が、人の行為と結びつくことにより、初めて不法行為となるのである<sup>280</sup>。したがって、行為不法の概念は、現に発生した「権利・法益侵害」のレベルにおいては、結果不法の概念と不法行為の成立に対する考え方を一にするものであり、よって結果不法説と行為不法説とは必ずしも相互に排斥し合うものではないと考えられる<sup>281</sup>。現に、学説においては、行為義務違反の行為により他人の権利・法益を侵害した場合には、同一の行為者において、他人の権利・法益に対する直接的な「侵害」が成立すると同時に、その具体的な「侵害」(又はその危険)を回避可能であったという意味において、権利・法益に対する間接的な「侵害」も重疊的に成り立つことから、行為不法と結果不法との区別について止揚されるべきであるとする見解もある<sup>282</sup>。

それゆえ、不法行為の成立要件について、「故意・過失」が加害者側の事情を考慮し、「権利・法益侵害」が被害者側の事情を考慮することに対応し、加害者側の視点に立った行為不法の考え方と被害者側の視点に立った結果不法の考え方がバランスを保ちながら併存すべきであると考えられる。とりわけ、「故意・過失」の側面については、故意が行為者の意思に基づき判断され、過失が客観的な結果回避義務違反(行為義務違反)をめぐる判断されることにかんがみると、行為不法説が重要な役割を占めることとなる。これに対し、「権利・法益侵害」の側面については、一次的には結果不法説に基づく判断が行われることとなる。ただし、現に侵害行為及びそれに伴う損害が発生している場合には、これについて行為不法説をとったとしても、結論に大きな差異は生じないものと思われる。

もっとも、行為不法説によれば、故意による不法行為と過失による不法行為とが区別され、一般に前者は後者よりも保護範囲が広くなるものと思われる。しかし、前述のとおり、不法行為法においては究極的には被害者の救済が考慮されなければならないのであって、その観点からは、不法行為の主観的原因が加害者の故意か過失かは本質的な重要性を有するものではないと考えられる<sup>283</sup>。したがって、不法行為責任の判断要素に当たり最も重要なのは、被侵害利益の種類・性質を踏まえての「権利・法益侵害」という結果を招いたことに対する評価であり、その観点から、原則として結果不法説を中心とした考え方を採るべきであるという前述の管見が導かれる。

行為不法説と結果不法説との相違が実質的に問題となり得るのは、損害が現に発生しておらず、その抽象的危険が惹起されているにとどまる場合である。このとき、結果不法説

によれば、損害が顕在化していない以上、不法行為責任が論じられる余地は乏しく、行為不法説によってのみ、損害の発生を回避するために所要の措置を講じることに關する行為義務への違反が問われるにとどまるということになりそうである。しかしながら、結果不法説における「結果」とは、前述の「過失」に対する考え方に関して明示したとおり、「損害」ではなく、「権利・法益侵害」の事実を指すと考えられる。したがって、抽象的危険の惹起による危殆化行為が他人の権利・法益の価値を一方的かつ不当に低下させていると認められれば、たとえ損害が顕在化していなくとも、「権利・法益侵害」の結果が発生しているものと考えられることから、結果不法説によっても危殆化行為について不法行為責任を問うことが可能であると解される。換言すれば、具体的な損害がまだ発生していない段階においても、ある行為を行うことによって生じ得る権利・法益侵害という結果が行為者に帰責され、損害賠償責任が発生することはあり得るのである<sup>284</sup>。同時に、抽象的危険ないし危殆化行為に対して権利・利益を保護する近年の立法措置<sup>285</sup>の増加にかんがみると、結果不法説に依拠しつつ、仮に間接侵害を考慮せずに直接侵害のみを認める立場をとったとしても、多くの場合において、帰責の範囲について行為不法説と同様の効果が得られることとなると思われる<sup>286</sup>。

以上の考え方を総合すると、最終的な不法行為責任の程度に關する判断基準として、行為不法説と結果不法説とは二項対立的に捉えるべきものではなく、重疊的に併存し得るものである。そのうえで、一次的な判断基準の軸足は結果不法説におくべきであり、これに行為不法説の要素も必要に応じて加味しつつ、「侵害」という結果の射程を広くとることが適当である。これは、不法行為責任の度

合いに関する最終的な判断に際し、結果不法的側面である被侵害利益の種類・性質を踏まえた被害の程度と行為不法的側面である故意・過失の度合いとを相關的に衡量すべきであるとする前述の管見にも符合するといえる。

#### 4 結 論

以上の分析を総括すると、民法709条における不法行為の成立要件の考察に当たり、まず留意しなければならないのは、「不法行為」の成否に關する判断と、不法行為が成立した場合における不法行為責任の度合いに關する判断とは、区別して考えなければならないということであるといえる。そして、それらの判断においては、いずれも民法709条の一次的な目的は基本権法益に根ざす各人の権利及び自由の保障とその適切な調整であるということが、たえず基軸に据えられていなければならない。これは、具体的には以下の2点をその含意とする。

第一に、「不法行為」の成否に關する判断においては、民法709条の法文理に即し、「故意・過失」及び「権利・法益侵害」の有無をそれぞれ認定し、両者がともに認められる場合には、不法行為が成立すると解すべきである。その過程において、民法709条の本来の目的に照らし、最も重視すべきであるのは「権利・法益侵害」の有無を的確に判断することである。この段階で、「違法性」なる法文理外の要件を持ち出し、その有無を判断することは不要かつ不適切である。また、「権利・法益侵害」の有無に關する判断を「(故意・)過失」の有無に關する判断に収斂させることもまた不適切である。「不法行為」の成否に關する判断においては、両者はあくまで別個に判断されなければならない。

これらの認定のうち、「故意」の有無の判断については、結果を認識しつつ行動したかどうかという行為者の意思を問うべきである。また、「過失」の有無については、予見可能性を前提としつつ、通常人の能力水準を基準とする結果回避義務に対して、行為者の不注意等により社会の信頼に背いて違反することとなったかどうかという客観的な事実を問うべきである。更に、「権利・法益侵害」の有無については、基本権法益との一定の結びつきを有し、個別の実定法に抽象的又は具体的に定礎される権利・利益について、その価値の一方的かつ不当な経時的低下（権利・利益の危殆化を含む）をもたらす行為が存在するかどうかを問うべきである。なお、民法712条及び713条については、「故意又は過失に結びつけられる行為」を実行する能力を有しない者による行為はすべからず「権利・法益侵害」に該当しないことを確認した規定であり、また民法720条については、「侵害」とは認められない種類の行為を明示した規定、すなわち「権利・法益侵害」に該当しない行為を確認した規定であると解すべきであって、責任阻却事由や違法性阻却事由と解すべきではない。換言すれば、これらの規定は「権利・法益侵害」への該当性を阻却するための「正当化事由」に関する規定である。

第二に、不法行為の成立を前提とした不法行為責任の度合いに関する判断においては、被侵害利益の種類・性質を踏まえた被害の程度と故意・過失の度合いとが相関的に衡量されるべきである。不法行為自体は「故意・過失」と「権利・法益侵害」の認定により成立するが、最終的な損害賠償責任は当該衡量なくして判断することができないものである。この際、結果不法的な考え方としての「権利・法益侵害という結果を招いたことについての評価」が基軸に据えられつつ、これに行為不

法的な考え方としての「故意・過失の程度に関する評価」が加味されるべきである。これを「違法性」に関する評価ということばで包括的に称することも可能であるが、「違法性」という用語の多義性とそれをもたらす混乱を回避するため、本稿では原則として「不法行為責任の度合いに関する判断」と称している。

不法行為法の根底に横たわる「権利又は法律上保護される利益」の射程は、社会の変化とともに拡大（又は縮小）し得るものである。したがって、不法行為による損害賠償責任の認定に当たっては、「権利又は法律上保護される利益」の可変性に配慮しつつ、その「侵害」という結果的的確な認定に軸足をおいた柔軟なアプローチが求められるといえよう。

#### 注

- 1 前田・一元論3頁。前田・帰責論196頁。
- 2 名古屋地判昭和51年9月3日判時832号20頁参照。
- 3 これは、一般には の故意・過失に関連する要件として把握されている。
- 4 これは、一般には「違法性阻却事由」の不存在として把握されている。
- 5 商事法務・速記録五313頁。
- 6 商事法務・速記録五314頁。
- 7 商事法務・速記録五302頁。
- 8 錦織・違法性141頁。
- 9 錦織・違法性141-142頁。
- 10 民法5章の題号である「不法行為」を違法な行為と解し、これを根拠として、違法性という概念は民法709条の条文には登場しないものの、実定法上の根拠をもつ概念であると解する考え方もある。前田・帰責論218頁。
- 11 錦織・違法性142頁。
- 12 平井・理論326頁。
- 13 商事法務・速記録五298-299頁。
- 14 商事法務・速記録五297-298頁。
- 15 商事法務・速記録五297頁。
- 16 錦織・違法性139頁。
- 17 錦織・違法性145頁。

- 18 錦織・違法性155-156頁。
- 19 鳩山・各論844頁。
- 20 錦織・違法性162頁。
- 21 大判大正3年7月4日刑録20輯1360頁。なお、この判例以外に「権利侵害」の否定により不法行為の成立が認められなかった判例として、大判明治44年9月29日民録17輯519頁、大判大正7年9月18日民録24輯1710頁が挙げられる。
- 22 大塚・権利侵害論266頁。
- 23 大判大正14年11月28日民集4巻670頁。
- 24 末川・権利侵害466-482頁。
- 25 末川・権利侵害473頁。
- 26 末川・権利侵害473-474頁。
- 27 末川・権利侵害474頁。
- 28 末川・権利侵害474頁。
- 29 末川・権利侵害482頁・499頁参照。
- 30 この学説は、「権利」は、「個別的には、許容的法規が具体的に或る主体において主観化されるときに認められるのであるが、ここに法規が主体化されるというのは、法律以前に存在するところの事実としての人の生活について許容的法規が関係せしめられるということにほかならぬのだから、権利の内容を成す素材は法律以前に与えられており、その形式は法律によって与えられるという風に観ることができる」としつつ、「許容的法規」を権利論の中心に据えるとともに、「権利」は命令的法規の反射的作用とは言い難いと解している。末川・権利侵害451頁参照。
- 31 錦織・違法性166頁。
- 32 この学説によれば、前述の大学湯事件判決は、正面から特定の権利侵害を問題とせずに禁止規定に対する違反をもって不法行為の成立を認めたものであり、また、明確な法規違反がなくても公序良俗に反する加害行為があれば、行為の違法性が認められることを示した点において画期的なものであるとされる。我妻・事務管理120頁。
- 33 森島・講義234頁。
- 34 その背景には、不法行為制度の指導原理として、「社会に生ずる損害の公平妥当なる負担分配を図る制度」が念頭におかれていたことが挙げられる。我妻・事務管理95頁。
- 35 我妻・事務管理124-126頁。
- 36 我妻・事務管理147-152頁。
- 37 我妻・事務管理103頁。
- 38 我妻・事務管理105頁。ただし、この学説は、「社会の共同生活に於ては各人互に注意して危害の発生を防止する義務あり」とも指摘しており（我妻・事務管理107頁）、これが後に違法性概念と過失概念との混同であるという批判を招くこととなった。錦織・違法性171頁。
- 39 加藤・不法行為36-37頁。
- 40 加藤・不法行為37頁。
- 41 柳沢・違法性125頁以下。
- 42 石田・再構成34頁。同書によれば、例えば刑罰法規違反の行為は故意・過失による行為である（刑法〔明治40年法律45号〕38条）から、相関関係説は違法性の判断の中で故意・過失をも考慮しているとされる。
- 43 吉村・不法行為法39-41頁。
- 44 平井・理論378頁。また、過失一元説によれば、相関関係説の主張する被侵害利益の種類・性質と侵害行為の態様とを相関的に判断するという意味における「違法性」の概念が判例において結論を導く論理的前提として用いられているケースはまれであり、不法行為の成立を肯定又は否定する意味で「違法性」の概念が判例において用いられる場合であっても、被侵害利益が問題にされているわけではなく、加害行為が不法行為を成立させるに足るものであることを示しているにすぎないとされる（平井・各論22頁）。
- 45 しばしば「過失の規範化」ないし「過失の客観化」（藤岡=磯村=浦川=松本・民法 225頁・241頁）と称される考え方である。
- 46 この説は、民法709条において、過失要件と対置された独立の要件として「違法性」の概念を用いることには異を唱えているが、法律上何らかの効果を発生させる要件一般を「違法」と呼ぶことは別論であるとし、例えば不法行為責任を肯定又は否定するための判断基準一般を指すものとして違法性ということばが用いられること自体は許容されると主張する。平井・理論397頁。
- 47 平井・各論 23頁。
- 48 平井・理論393-394頁。平井・各論 25頁。なお、このような形で権利侵害の要件が挙げられなくなることの効果について、「古くから絶対権として強い保護を受けてきた利益の不法行為法的保護をも、利

- 益衡量による保護限界の画定という処理の中に引き込むことになる」とする指摘（錦織・違法性187頁）がある。
- 49 平井・理論419頁。これは、「過失の客観化」により、過失が一種の侵害行為の態様の問題として定位され、違法性の問題との「混淆ないし融合」（藤岡=磯村=浦川=松本・民法 241頁）が生じ、過失が違法性から区別される必要性が乏しくなった結果であるといえる。
- 50 平井・理論420頁。
- 51 平井・理論413頁。
- 52 平井・理論402-414頁。
- 53 平井・理論396頁。
- 54 澤井・研究158頁。
- 55 森島・講義253頁。
- 56 澤井・混迷90頁。
- 57 「澤井・混迷91頁」によれば、予見可能性の判断の前提となる注意の水準については、客観的抽象的過失のレベルでなければならぬとされる。
- 58 澤井・混迷90-91頁。
- 59 時代や地域等によっても保護すべき利益に対する社会意識は異なるとされる。また、加害行為を行っている者の利益や侵害を受けることを被害者が承諾した利益について、公平上の観点から保護を受けるべきだとされることはまれであるとされる。
- 60 森島・講義252頁。
- 61 前田・帰責論186頁。
- 62 前田・不法行為法122頁。
- 63 前田・一元論 3頁。
- 64 「前田・帰責論212頁」は、「我々の極度に高度化した現代技術社会においては、各人が一般標準人としての行為基準を守って行為することを期待信頼するところに、はじめて円滑な生活が可能となる」と指摘している。
- 65 前田・帰責論188-189頁。
- 66 前田・帰責論185頁。前田・不法行為法120頁。
- 67 前田・不法行為法120頁。
- 68 前田・権利侵害18頁。前田・不法行為法73頁。
- 69 前田・帰責論218頁参照。
- 70 星野・論集319頁。このほか、被侵害利益に対する社会的評価を判断する要件としての権利・法益侵害と行為態様に対する評価を判断する要件としての故意・過失とを並置し、従来「違法性」の中に取り込まれていた侵害行為の態様は故意・過失に含まれるとする学説（窪田・不法行為法89-98頁）も、故意・過失及び権利侵害二元説に含まれよう。
- 71 「星野・論集319頁」によれば、「この置換によって、『違法性』とはなにかという難問をしょいこむことになり、しかも、『違法性』というのはドイツ法の概念であるため、ドイツにおける結果違法が行為違法かという厄介な問題までかかえこむ」ことになる」とされる。
- 72 星野・論集324頁。
- 73 山本・展望342頁。
- 74 星野・論集320頁。
- 75 星野・論集324頁。
- 76 星野・論集323-324頁。
- 77 四宮・事務管理288頁。
- 78 澤井・テキストブック102-103頁。
- 79 四宮・論集240頁。
- 80 四宮・事務管理401頁。
- 81 「四宮・論集243頁」によれば、「保護法規（広義）が『権利』侵害への具体的危険性の存否を問題とすることなく、それへの一般的・抽象的な危険性のレベルで形式的に一定の行為を命令・禁止する場合」については、「それへの違反はそれだけでは必ずしも不法行為における独立の違法判断基準となることができず、その違反についての故意過失を必要とする」とされる。
- 82 「四宮・事務管理379頁」によれば、「行為者が行為の違法性を認識して結果回避を決意することができる（精神的可能性）のに、違法性を認識せず、または、結果回避を決意しなかった」場合に有責性が認められるとされる。
- 83 錦織・二元性391頁。
- 84 澤井・テキストブック103頁。
- 85 澤井・テキストブック137頁。ただし、傍点は筆者による。
- 86 山本・展望324頁。
- 87 「澤井・テキストブック136-137頁」は、「過失は、行為者に対する非難であるから、いうまでもなく行為時が基準となる。損害回避義務違反であり、行為時点における予見可能性や損害回避可能性が前提になる」と指摘している。
- 88 澤井・展望90-91頁。
- 89 山本・展望325頁。

- 90 加藤雅・体系V183-185頁。
- 91 加藤雅・体系V185頁。
- 92 この見解は、前述の結果不法型の故意・過失及び違法性二元説における「第二の立場」の一環として提示されている。澤井・テキストブック138-139頁。
- 93 澤井・テキストブック140-158頁。
- 94 藤岡=磯村=浦川=松本・民法 256頁。
- 95 大塚・保護法益37-39頁。
- 96 最大判昭和63年6月1日民集42巻5号277頁。
- 97 最判昭和63年12月20日判時1302号94頁。
- 98 最判平成3年4月26日民集45巻4号653頁。
- 99 最判昭和63年2月16日民集42巻2号27頁。
- 100 大塚・保護法益39頁。
- 101 大塚・保護法益39頁。
- 102 大塚・保護法益39頁。
- 103 潮見・不法行為法3-46頁。
- 104 権利論説が脚光を浴びようになった背景として、「不法行為法上保護される利益が拡大し多様化してきたという事情」が指摘されている（吉村・不法行為法38頁）。これによれば、現代社会においては被侵害利益の「主観化、公共化」が進み、例えば「内心の静穏」や「景観」に関する利益などが不法行為法上の保護の視野に入るようになってきたとされる。なお、「景観」に関する利益の法的保護に関する近年の判例としては、最判平成18年3月30日民集60巻3号214頁のほか、東京地判平成19年10月23日判タ1285号176頁、広島地決平成20年2月29日判時2045号98頁、那覇地判平成21年1月20日（判例集未掲載）、東京地判平成21年1月28日判タ1290号184頁、広島地判平成21年10月1日（判例集未掲載）等が挙げられる。これらによれば、「良好な景観に近接する地域内に居住し、その恵沢を日常的に享受している者は、良好な景観が有する客観的な価値の侵害に対して密接な利害関係を有するものというべきであり」、このような景観利益は法律上の保護に値するものとされている（最判平成18年3月30日民集60巻3号948頁）。
- 105 潮見・不法行為法14頁。
- 106 潮見・不法行為法26頁。なお、学説には、平成16年の民法の改正によって「法律上保護される利益」の侵害が追加されたことにより、「より一層多様な利益保護を取り込むことを容易にし、しかも、必ずしも相関的な判断による違法性要件を介在させることなく、多様な利益の不法行為法上の要保護性を判断することも可能になった」ことから、権利論説が「今後一層有力になる可能性がある」とする指摘もある（吉村・不法行為法38頁）。
- 107 潮見・不法行為法141頁。
- 108 潮見・不法行為法145頁。
- 109 基本権保護義務論については、本年報掲載の拙稿「憲法解釈における基本権保護義務論」参照。
- 110 山本・展望348頁。山本・リベラリズムー16-19頁。浦川ほか・座談会4-27頁。
- 111 潮見・不法行為法39頁。
- 112 潮見・不法行為法39頁。
- 113 山本・展望298-299頁。
- 114 山本・展望300頁。
- 115 山本・展望305頁。
- 116 末川・権利侵害479頁。
- 117 末川・権利侵害463頁。
- 118 末川・権利侵害465頁。
- 119 「末川・権利侵害473頁」は、「民法が権利侵害を要件としているのは、被害者の個人的な立場のためにしているのではなくて、法律そのものの立場からいわば客観的に加害者の行為についての評価を求めている」としており、個人の権利の保護が目的ではないことを明示している。
- 120 我妻・事務管理95頁。
- 121 我妻・事務管理95頁。
- 122 平井・理論371頁。
- 123 山本・展望319頁。
- 124 平井・理論395頁。
- 125 山本・展望319頁。
- 126 前田・帰責論192頁。前田・一元論4頁。
- 127 前田・違法性159頁。
- 128 森島・講義204頁。
- 129 森島・講義204頁。
- 130 もっとも、それまでの学説において、権利の調整を目的に据える考え方がまったく提示されなかったわけではない。例えば、「淡路・評価13頁」は、「被害者の権利を保障し、あるいは被害者の権利と加害者の権利との調整をはかることが、不法行為法の第一の目的である」としている。なお、同書は、「不法行為法は、不法行為の抑止というもう一つの目的を正面から掲げる必要がある」とも指摘している。

- 131 「佐藤・憲法445頁」によれば、個人の尊厳の原理は、「憲法上の基本原理としてすべての法秩序に対して妥当する原則規範としての意味をもっている」とされる。
- 132 一般に名誉毀損とは、ある言辞によって人の社会的評価を低下させる行為をいうとされる。藤岡=磯村=浦川=松本・民法 289頁。なお、大判明治39年2月19日民録12輯226頁参照。
- 133 最判昭和41年6月23日民集20巻5号1118頁，最判平成9年9月9日民集51巻8号3804頁参照。なお、これらの判例は、「公共の利害」等の判断基準について、権利侵害ではなく、「違法性」の有無の認定について用いている。
- 134 最判昭和41年6月23日民集20巻5号1118頁，最判平成9年9月9日民集51巻8号3804頁参照。なお、判例は、「摘示された事実を真実と信ずるについて相当の理由が行為者に認められるかどうかについて判断する際には、名誉毀損行為が当時における行為者の認識内容が問題になるため、行為時に存在した資料に基づいて検討することが必要となる」としている（最判平成14年1月29日判時1778号49頁）。
- 135 浦川ほか・座談会7頁。
- 136 曾根・違法性79頁。
- 137 前田・一元論43頁。
- 138 その詳細については、海野・招待19-24頁参照。
- 139 浦部・教室84-85頁。
- 140 吉村・不法行為法95頁参照。
- 141 潮見・不法行為法49頁。
- 142 潮見・不法行為法38頁。
- 143 なお、本稿においては、実定憲法上の権利を便宜上「基本権」と称することとする。
- 144 その理由等の詳細については、海野・制約原理92-94頁、本年報掲載の拙稿「憲法解釈における基本権保護義務論」参照。
- 145 一般に、基本権保護義務論においては、国家による保護の対象は「基本権」ではなく「基本権法益」とであるとされる（小山・法理10-11頁）。これは、憲法ないし基本権の対国家性を前提とする以上、私人による基本権の直接の侵害は原則として起こり得ないと考えることによるものである。本稿においては、同様の視点に立脚しつつも、より広義に、「憲法の基本権規定上保護されるべき法益（憲法の基本権規定の要請から導き出されるさまざまな価値、自由、行為、利益等）」を「基本権法益」と定位する。
- 146 もっとも、単純な権利・法益間の衝突ではなく、被害者にとっては「侵害された権利・法益」が存在し、加害者にとっては「被害者の権利・法益を侵害してまで享受しようとした権利・法益」が存在することとなる中で、究極的には侵害に伴う損害を受けた被害者の救済を図ることが原則として最も優先されるべきこととなるから、両権利・法益の比較衡量においては、侵害された権利・法益の重要性がまずは考慮されることとなる。その意味において、基本権法益相互間の衝突の問題に帰着するということは、「必ず比較衡量を経なければ『権利』という価値づけを得ることができない」（三輪・一考察40頁）ということを含意するものではない。
- 147 藤岡・提唱31頁。なお、憲法上の基本権の効力は私人間には及ばないと理解する立場（例えば、高橋・再評価144-146頁）からは、そもそも民法709条の保護法益の問題として基本権を考慮することは妥当ではないということになるが、管見は、憲法上の基本権の効力は民法709条の規定に代表される実定法上の規定を媒介として、原則として間接的に私人間にも及び（芦部・憲法学 294-313頁）、一定の例外的な場合には、公権力における基本権保護義務の発生を通じて、直接的に及ぶものと解する。その詳細は、海野・私人間効力18-27頁参照。
- 148 渋谷・憲法42頁。
- 149 ドイツの学説には、「すべての法領域に照射される基本権の客観的原則作用によって、基本権は、市民と国家の関係における原理および保障から、法秩序全体の最高次の原理へと姿を変えることになる」と指摘するものがある。ベッケンフェルデ・現在374頁。ここでいう「客観的原則作用」をどのようなものとして捉えるかにもよるが、我が国の憲法上の基本権にも一定の範囲で客観的価値秩序が内在し、それが全法秩序を支配することとなると思われる。
- 150 「芦部・憲法12頁」によれば、「憲法の実質的的最高法規性を重視する立場」（最高法規としての憲法の本質について、その内容が国民の権利・自由を公権力から不可侵のものとして保障する規範を中心に構成されていることであると解する立場）は、「憲法規範を一つの価値秩序と捉え、『個人の尊重』の原理とそれに基づく人権の体系を憲法の根本規範



- (basic norms)と考える」ことから、「憲法規範の価値序列を当然に認める」ことになる」とされる。
- 151 石川・客観性5-6頁参照。
- 152 基本権の客観法的機能として、「従来基本権とは無関係とされ、市民相互の関係を規律するとされてきた私法にも、その解釈・適用にあたって基本権上の自由への配慮を要求することで当該自由実現の役割を担わせる」ことが提唱されている。井上・基本権274頁。
- 153 藤岡=磯村=浦川=松本・民法 255-256頁。
- 154 もっとも、権利・法益侵害に対する差止請求権に関しては、一般により厳格な権利性が求められる傾向がある（最判平成18年3月30日民集60巻3号948頁参照。また、最判平成7年7月7日民集49巻7号2599頁などにおける「違法性段階論」参照）ことから、民法709条における権利・法益の射程範囲と差止請求権の対象となる権利・法益の射程範囲との関係・相違については、慎重な検討が必要となる。この点については、本稿では深入りしない。
- 155 芦部・憲法学 81頁、佐藤・憲法443-465頁。
- 156 もっとも、憲法13条にいう「生命、自由及び幸福追求に対する権利」の内容をめぐることは、さまざまな解釈がある。佐藤・憲法445-448頁参照。
- 157 佐藤・憲法565頁。
- 158 藤岡=磯村=浦川=松本・民法 359頁。なお、多数説は、現実に損害と観念されるべきものについては、金銭によって表示された額で示されるものと定位置している。例えば、「前田・帰責論230頁」は、「損害とは、権利侵害の結果として、被害者の財産状態および精神状態に発生した不利益であり、金銭賠償原則を採る我が国では、それを金額に換算したものが損害額ということになる」としている。
- 159 佐藤・人権271頁。芦部・憲法学 373-387頁。
- 160 「淡路・評価48頁」が指摘するとおり、仮に「立法上の解決が明らかでない場合には、結局、裁判官が社会的、経済的、道徳的、政治的な様々の要素を考慮してこれを解決する」ことになると思われる。
- 161 遠藤=川井=原島=広中=水本=山本・民法(7)131頁参照。
- 162 例えば、「藤岡・提唱32頁」は、不法行為法に「権利形成機能（法規範創造機能）」がある旨を指摘する。このほか、窪田・不法行為法96頁、吉村・不法行為法40頁参照。
- 163 ただし、権利・利益の生成を支援・補完する機能を有していると解される。なぜなら、法律上保護されるべき権利・利益に関する損害賠償責任が、不法行為法上の判例において認められることにより、当該権利・利益の要保護性が確認されるからである。
- 164 なお、法律上保護される権利・利益であるかどうかにかかわらず、日照権侵害における受忍限度論における事案等に特有の判断を行う要件として「権利・法益侵害」を問題にすべきであるとする学説もある（井上英・現代31頁）が、妥当ではない。なぜなら、民法709条は「権利又は法律上保護される利益」を包括的に扱っており、権利・利益が法律上保護される限りにおいて、受忍限度論に関わるものであるかどうか等の恣意的な基準によって考慮の差別化が行われるべきものではないからである。
- 165 「末川・権利侵害451頁」は、「苟くも権利として認められているものは、(中略)法律がすべてその内容を是認することを示している」と指摘している。
- 166 したがって、民法709条における「権利」と「法律上保護される利益」とを明確に区別する実益は乏しいと考えられる。これについては、個々の権利と法律上の保護法益とを包摂する形で解釈されていた改正前民法709条にいう「権利」の概念と、「法律上保護される利益」を除外した現行の民法709条にいう「権利」の概念とでは、その範囲が必然的に異なることとなることから、現行の民法709条が「権利」と「法律上保護される利益」とを区別していることに積極的な意義を見出すべきであるとする考え方もあろう（池田編・民法99-101頁）。また、平成16年の民法の改正によって、「権利侵害要件が廃棄され全体が法律上保護される利益の侵害に置き換えられるのではなく、権利侵害要件が維持され、それに法律上保護される利益が付け加わるといった結果、権利侵害要件の意義を認めた上で、侵害された利益の種類に応じて判断枠組みを変える立場が、今後、一層有力になっていくのではないか」（吉村・不法行為法41-42頁）という指摘もある。しかし、不法行為の要件としては権利・法益の「侵害」の有無が重要となることから、個別の「権利」が侵害されたのか、それとも「法律上保護される利

- 益」が侵害されたのかを問うことは、不法行為の成否に対してはあまり問題にならず、したがって被害者の救済にはどちらの場合であっても同様の効果をもたらすこととなると考えられる。また、我が国の民法がドイツ民法823条1項に対応する構造を採らず、フランス民法1382条のように統一的一般規定として定められたものであることにかんがみると、「権利」と「法律上保護される利益」とは一体的に理解されるべきであると思われる。もちろん、侵害された権利・法益の程度が、故意・過失を含めた総合的な衡量の中で、不法行為の成否に間接的に影響を及ぼすことはあり得るが(池田編・民法100頁)、これは問題となる侵害行為が「権利」に対してであるか「法律上保護される利益」に対してであるかによってその度合いが異なるものではないと解される。よって、平成16年における民法709条の改正に関しては、改正前民法709条にいう「権利」の射程範囲を明らかにしたこと、ひいてはそれにより権利侵害要件の狭さを条文上「克服」したこと以上の積極的な意義は見出せないと思われる。
- 167 例えば、人物Aが別の人物Bの自宅の内部で正常に機能している床の上でひとりで滑って転んだ場合、Aには転倒による傷害に伴う損害が発生するが、転倒に関与した床が正常に機能している(すなわち特別に滑りやすくなっていた等の格別の事情がない)限り、BはAの「法律上保護される利益」を侵害したことにはならず、Bにおいて不法行為による損害賠償責任は発生しない。なぜなら、この場合Bは何らAに対して加害行為を行っておらず、たとえAがBに対して「Bの自宅でいかなる損害も受けないう保障される権利・利益」を主張したとしても、そのような権利・利益を保障する実定法は存在しないことから、それは「法律上保護される権利・利益」とは認められないからである。
- 168 澤井・テキストブック102頁参照。同書は、違法性の概念を用いることについて、「実害はなく、講学上便利である」とするが、管見はこの不法行為成立要件としての違法性の概念こそが不法行為法の混迷(権利の保障・調整という本来の目的からの逸脱)を招いた最大の因子であると考えており、その意味において「実害」はあるといえる。
- 169 「平井・理論382頁」も、「第一次的には条文の規定にもとづいて判決の結論を理由づけることを要請されている裁判官にとっては、『違法性』という条文に手がかりのない概念を用いることよりも、709条の要件事実にもとづいて判決の理由を構成することのほうが、その本来の作業だと受けとられる」と指摘している。
- 170 藤岡=磯村=浦川=松本・民法 243頁。
- 171 その理由については、本年報掲載の拙稿「憲法解釈における基本権保護義務論」参照。
- 172 この論理の詳細については、海野・制約原理81-83頁参照。
- 173 この場合、単に「表現の自由」(憲法21条1項)の一環としての「通信の自由」に関する基本権法益の侵害と構成することも可能であるが、「通信」には必ずしも「表現」とはいえないものも含まれると解されることから、「通信制度の安定的運営を求める権利」(管見は憲法21条2項及び憲法13条に内在する規範的権利と解する)に関する基本権法益の侵害と構成することが必要となる場合もあると思われる。なお、「通信の自由」が表現の自由の一環として保障され、「通信の秘密」の論理的前提となる旨を主張する学説として、阪本・精神活動223-224頁参照。
- 174 最判平成20年6月12日民集62巻6号1656頁。同判例によれば、取材対象者が番組に対して抱く期待や信頼(期待権)は、取材に応じることによって取材対象者に格段の負担が生じ、かつ番組で取り上げる内容等に関する説明が当該取材に応じる契機となった場合でなければ、法律上の利益として保護されないこととなる。
- 175 最判平成8年11月12日判時1598号152頁。なお、本件は会社法(平成17年法律86号)施行前の旧商法の下での事案である。
- 176 刑法の学説においては、「侵害」の概念について、「他人の権利に対して、実害または危険を与えること」(大塚・総論384頁)、『他人の権利』(法益)を侵害する危険をもたらすもの(山口・総論115頁)、「法益の侵害を目的とする攻撃」(福田・総論153頁)等と解する考え方が一般的である。このように、権利・法益に対して実害を与えることのみならず権利・法益を危殆化する行為も「侵害」の射程に含まれている。これは、後述の権利・法益に対する危殆化行為を「侵害」と捉える管見に符合する。
- 177 故意・過失の要件はあくまで加害者の自由の保

- 障に対する配慮，すなわち加害者の責任の減免へと作用する機能を有するものにすぎないから，被害者の権利保護を最大の目的として考えた場合，不法行為の成否に関する一次的な判断は，権利・法益侵害の有無に集約されることとなる。
- 178 学説には，民法709条にいう「侵害」と「損害」との区別を相対化しようとする傾向も見られる。権利・法益の侵害そのものを損害とみる説（石田・再構成35-37頁）がその代表例である。また，平井・各論 119頁参照。
- 179 澤井・テキストブック113頁参照。
- 180 四宮・事務管理446頁。
- 181 例えば，「潮見・不法行為法222頁」は，「損害事実の把握に際しては，原状回復の理念を基礎に据えるべきである」としている。また，「淡路・評価73頁」は，「損害賠償の方法は原則として金銭賠償によらざるを得ないとしても，損害の金銭的評価にさいしては，原状回復の理念が第一義的に尊重されなければならない」と指摘している。なお，「藤岡=磯村=浦川=松本・民法 346頁」においては，「金銭賠償においても，被害者の状態をできるだけ原状に回復させることをめどとして損害額を算定すべきである」とする有力説が提示されている。
- 182 潮見・不法行為法223頁。
- 183 福田雅・独占禁止法303-305頁。なお，「侵害」とは，一般に被害者の意思に基づかないことを要するものと解されており，被害者の任意の同意の存在を伴う加害行為については，権利・法益の侵害には該当しないものと考えられる。福田雅・独占禁止法178頁参照。
- 184 なお，ここでいう「不当」とは，法律に基づき行為が正当化される場合（民法720条参照）以外であることを指し，必ずしも「違法」であることを意味しない。
- 185 なお，二次的なメルクマールとして，後述のとおり，「侵害」の程度に故意・過失の度合いを加味しながら衡量された結果が指摘できる。
- 186 差額説とは，損害の意義について，「抽象的に不法行為がなかったと仮定した場合と，不法行為がなされたのちの現在の利益状態との差」として捉え，それを金額で表示したものとして定位する考え方である。藤岡=磯村=浦川=松本・民法 359頁。澤井・テキストブック113頁参照。
- 187 澤井・テキストブック197頁。
- 188 「四宮・事務管理445頁」は，「事故によって被害者が利益を受けることを防止する」必要性を示唆している。
- 189 原状回復の理念によれば，被害者を事故以前の状態に戻すことが損害賠償の責務であって，被害者にそれを超える「利益」をもたらすことが責務ではないという結論が演繹されると思われる。
- 190 福田雅・独占禁止法305頁。
- 191 このような侵害の形態について，「間接侵害」と称されることもある。この考え方によれば，権利・法益を直接侵害する不法行為形態の「直接侵害」に対し，危殆化から発した不法行為形態を「間接侵害」といい，行態義務に違反した行態をいうものとされる。錦織・二元性三75頁参照。
- 192 福田雅・独占禁止法301頁参照。
- 193 錦織・二元性二35頁。
- 194 この点については，本年報掲載の拙稿「憲法解釈における基本権保護義務論」参照。
- 195 リスク社会とも言われる現代社会においては，具体的な権利・法益侵害の危殆化や現実の侵害を予見することが困難な行為が数多く存在し得ることにかんがみ，抽象的な危険行為が発生した時点において，関係する被害者の権利・法益が脅かされ，それ自体の価値が低下する（当該権利・法益の安定的行使に対する利益が剥奪される）こととなると解し，権利・法益侵害に該当すると考える余地がある場合が多いと思われる。
- 196 最大判昭和39年6月24日民集18巻5号854頁参照。
- 197 潮見・不法行為法30頁。
- 198 潮見・不法行為法222頁。
- 199 潮見・不法行為法222頁。
- 200 最判平成11年2月25日民集53巻2号235頁参照。
- 201 最判昭和62年1月22日民集41巻1号17頁参照。
- 202 加藤雅・体系V162-163頁。
- 203 作為義務は慣習や条理等により発生することも考えられるが，そのような形での義務を安易に認めることは，個人の自由な活動ないし基本権法益の制約につながる可能性もあるため，慎重に解すべきであると思われる。吉村・不法行為法66頁。
- 204 平井・理論417頁。
- 205 学説には，違法性の概念によって，「正当防衛や

- 被害者の同意といった、不法行為責任を阻却する事由を整合的に組み入れることができる」(吉村・不法行為法93頁)と主張するものもあるが、これはその根拠が不明であるばかりでなく、これらを「権利・法益侵害」該当性の「阻却」と捉える可能性について何ら言及がない。
- 206 平井・理論418頁。
- 207 澤井・テキストブック134頁・196頁。
- 208 潮見・不法行為法27頁参照。
- 209 大塚・総論132頁参照。
- 210 加藤・不法行為64頁。
- 211 前田・帰責論208-209頁参照。
- 212 澤井・テキストブック171頁。
- 213 澤井・テキストブック171頁。
- 214 潮見・不法行為法142頁。
- 215 前田・一元論14頁。
- 216 星野・論集324頁。
- 217 前田・一元論12-13頁。これによれば、故意行為も過失ある行為も違法な行為であることを前提とすると、故意行為に基づく故意責任の帰責根拠としては更に意思(主観的要素)を要求し、過失ある行為に基づく過失責任の帰責根拠としては意思を要求しない(違法な行為のみで帰責される)のは理論として一貫性がないとされる。
- 218 加藤・不法行為64頁。
- 219 澤井・混迷76頁。
- 220 澤井・混迷91頁。なお、同論文は、予見可能性を判断の前提となる注意のレベルについて、「客観的抽象的過失のレベルでなければならぬ(抽象的過失の非難性は、意思ではなく、信頼違反である)」と指摘する。
- 221 森島・講義246頁。
- 222 星野・論集312頁参照。
- 223 淡路・違法性376頁。
- 224 前田・帰責論99頁。
- 225 前田・違法性159頁。
- 226 加藤雅・体系V 151頁。
- 227 前田・一元論13頁。
- 228 前田・一元論13頁、内田・民法 318頁。
- 229 前田・一元論13-14頁。澤井・テキストブック178頁。なお、「星野・論集324頁」も、過失の帰責根拠について、「信頼責任ということもできよう」としている。
- 230 なお、「信頼」を過失の有無の判断に関するメルクマールとする考え方は、刑法の学説・判例においては、「信頼の原則」として確立されている。もっとも、刑法における信頼の原則は、一般に「『許された危険事務』をしている者が、他人(中略)が適切な行動をするであろうと信頼して行動したところ、その他人が信頼に反する不適切な行動をしたため被害が生じても、そのように信頼したことが社会的に不当でなければ責任を負わなくてもよいとする原則」(板倉・総論281頁)として定義され、当該原則が適用される行為者を一定の範囲に限定している。また、これは「結果回避義務の内容を限定するもの」(山口・総論238頁)又は予見義務と結果回避義務の双方に関係するもの(板倉・総論283頁)として捉えられ、注意義務を限定するための理論と定位されている。信頼の原則については、大塚・総論205-208頁、山口・総論237-238頁、板倉・総論281-284頁、福田・総論128-130頁、斎藤・総論154-155頁等参照。
- 231 石田・理論124頁。
- 232 澤井・テキストブック174頁。
- 233 「加藤雅・体系 145頁」や「吉村・不法行為法71頁」は、過失の認定がしばしば主観的な行為者の心理状態と客観的な行為義務違反との双方の側面から行われることを指摘する。これに対し、「前田・一元論26頁」は、過失の認定はあくまで客観的行為義務違反に関する規範的評価により行われ、行為者の心理状態は過失と評価されるための事実すぎない旨を指摘する。
- 234 もっとも、「心理状態における緊張の欠如を過失ととらえるとしても、そのことは、行為者のとった客観的な行為の態様から推し量るほかない(吉村・不法行為法72頁)ことも否定できない。
- 235 平井・理論400頁、澤井・研究158頁。
- 236 淡路・違法性375頁。これは、予見不可能な権利・法益侵害に伴う損害について、加害者ではなく被害者が負担することが、公平な損害の分担とはならないということをその根拠とする。
- 237 澤井・研究161頁。
- 238 森島・講義191頁。
- 239 伝統的な学説においては、「不法行為の場合に問題になるのは、(中略)抽象的過失であって、具体的過失が問題となることはない」と明言するものがある。その理由として、「被害者としては、加害者の方で普通人としての標準的な注意を払うものと思

- って行動しているのであって、たまたま加害者が注意力が劣っていたために具体的過失がないとされ、損害賠償が取れなくては、被害者の保護に不十分であり、不公正な結果が生じる」ということが指摘されている。加藤・不法行為68-69頁。
- 240 過失の結果回避義務違反の判断基準が被害類型によって異なることを指摘するものとして、大塚・義務62頁参照。
- 241 例えば、生命や健康への回復困難な重大な被害をもたらすおそれのあるような場合がこれに該当し得る。
- 242 フランスにおける予防原則について、今野・民事責任(4)76-88頁参照。
- 243 平井・理論395頁。同書は、「訴えられた当該不法行為から生ずる損害発生危険の程度、当該不法行為によって侵害された利益と損害を防ぐために犠牲とされる利益との比較衡量、加害者と被害者の行為の具体的事情等々さまざまな要素が考慮され、その結果到達された価値判断が、『過失』という概念で表現される」(平井・理論394頁)と指摘する。
- 244 曾根・違法性59頁。
- 245 「加藤雅・体系 228頁」は、このような「過失によって損害が発生した場合に一般的に不法行為になる」とする考え方について、「民法起草者が市民の自由な活動の場と考えた分野にも、無限定的に損害賠償制度を導入する結果をもたらすこととなり、賛成することはできない」としている。
- 246 平井・理論418頁。
- 247 予見可能性も通常人の能力水準に従って判断される。
- 248 石田・理論119-120頁。
- 249 すなわち、相関関係説のように「侵害行為の態様」を「違法性」の有無に関する判断に組み込む限り、「故意・過失」の有無が「違法性」の判断の際に考慮され尽くしてしまうということである。曾根・違法性55頁参照。
- 250 「違法性」と「有責性」とを区別しない学説の例として、平井・理論396頁・419頁、前田・一元論21頁、潮見・不法行為法44頁、窪田・不法行為法95頁参照。
- 251 山本・展望321頁。「違法性」と「有責性」とを区別する学説の例として、澤井・展望90頁、四宮・事務管理276頁、吉村・不法行為法39頁参照。
- 252 「曾根・違法性77頁」は、権利・法益侵害を故意・過失から独立させて論じることについて、「判断すべき要素をその性質に応じて2つに区分する方が不法行為の成否の判断基準を明確にすることに資する」と指摘している。
- 253 澤井・展望79頁参照。なお、同論文においては、「侵害行為の態様が違法性判断要素となることによって、場合によっては、故意・過失が違法性のなかで判断され尽くしてしまうことがあるということと、民法709条が、常に、故意・過失という要件の存在を要求しているということは明らかに別個の問題なのである」とされている。
- 254 四宮・事務管理276頁。
- 255 四宮・事務管理276頁。
- 256 もちろん「不注意」等の行為者個人の心理状態に関する人的非難の要素が背景に存在することはあり、その意味で人的な非難可能性が皆無なわけではない。
- 257 四宮・事務管理379頁参照。同書によれば、「行為者の人的非難可能性は、行為者が行為の違法性を認識して結果回避を決意することができる(精神的可能性)のに、違法性を認識せず、または、結果回避を決意しなかった(そしてそのために「権利」侵害の結果を発生せしめた)ことに、求められるべき」とであるとされる。
- 258 澤井・テキストブック100頁参照。
- 259 違法性の概念の多義性については、平井・理論351頁参照。
- 260 「山本・展望333-334頁」によれば、故意・過失及び権利侵害二元説においても、『過失』の有無を判断する際に、『社会が負担する犠牲』をふくんだ『結果を回避するためのコスト』や、『行為の社会的効用』を考慮する必要性を認めており、「政策的な観点から権利・自由を相対化する可能性を認めている」から、違法性理論を暗黙のうちに承継しているとされる。
- 261 例えば、「我妻・事務管理100頁」は、「個人の権利を侵害せずとも、社会の規範を逸脱する加害行為はなほ不法行為となる」と主張し、「単に社会の法律的規範に違反する場合のみならず、公序良俗に違反する場合にもなほ不法行為の成立を認めねばなるまい」と指摘する。
- 262 森島・講義232頁参照。
- 263 吉村・不法行為法40頁。
- 264 吉村・不法行為法40-41頁。刑罰法規違反の場合

- がこれに該当するとされる。澤井・テキストブック 159頁参照。
- 265 平野・取締法規59頁。もっとも、この学説は、取締法規違反の違法性による不法行為責任の限定機能を過失の有無の判断に委ねるため、別途「違法性」について問題とする必要はないとする。
- 266 学説には、判例は、権利侵害を要件とした民法には欠陥があるものとして、「故意又八過失二因リテ違法ニ他人ノ利益ヲ侵害シタル者亦同ジ」という「後段」を付加して解釈しようとしたと捉える考え方もある。広中・講義445頁。
- 267 例えば、広中・講義446-447頁。同書は、「判例上、故意の場合あるいはまた害意のある場合にのみ不法行為の成立を認められるような加害行為類型がある」（広中・講義439頁）と指摘する。
- 268 窪田・展開272頁。このような考え方によれば、例えば取締法規違反という違法性は、独立の不法行為の成立要件となるものではなく、「本来の要件」としての「過失」の有無を判断するための途中経過にすぎないものとされる。
- 269 加藤雅・体系V184頁。
- 270 平井・理論419頁。
- 271 淡路・理論45頁、95-99頁。同書によると、新受忍限度論は、過失一元論の公害の場合における適用であるとされる（淡路・理論98頁）。この理論に対しては、民法709条の文理からあまりに乖離した解釈であるとの批判がある（例えば、澤井・研究157頁）。
- 272 藤岡=磯村=浦川=松本・民法 255-256頁。吉村・不法行為法39頁。
- 273 曾根・違法性38頁。
- 274 柳沢・理論三158-159頁。
- 275 例えば、判例（最判平成15年9月12日民集57巻8号973頁）は、大学が講演会の主催者として参加者を募る際に収集した参加申込者としての学生の学籍番号、氏名、住所及び電話番号に関する情報は、参加申込者のプライバシーに関する情報として法的保護の対象となるとしつつ、大学が当該情報を参加申込者に無断で警察に開示した行為について、参加申込者のプライバシーを侵害するものとして不法行為を構成するとした。この事案においては、法規違反については問題とされず（なお、本件大学の行為は個人情報の保護に関する法律〔平成15年法律57号〕の施行前のものである）、もっぱらプライバシーという「法律上保護される利益」の侵害の有無が判断されている。すなわち、「秘匿されるべき必要性が必ずしも高いものではない」個人情報についても、「本人が、自己が欲しない他者にはみだりにこれを開示されたくない」と考えることは自然なことであり、そのことへの期待は保護されるべきものである」から、「プライバシーに係る情報として法的保護の対象となる」とされ、憲法13条の基本権法益に基づき民法709条の権利・法益侵害の有無を判断しようとする考え方が示唆されている。
- 276 民法720条1項は「やむを得ず加害行為をした者は、損害賠償の責任を負わない」と規定している。
- 277 窪田・展開272頁。
- 278 錦織・二元性二44頁参照。
- 279 錦織・二元性二46-48頁参照。
- 280 錦織・二元性三83頁参照。
- 281 行為不法型の故意・過失及び違法性二元説においては、権利侵害のみが結果不法要素として捉えられ、権利侵害への危険性は行為不法要素として捉えられていると考えられる（四宮・事務管理278-279頁、四宮・論集240-241頁参照）。
- 282 錦織・二元性三92-93頁参照。これに加え、行為不法と結果不法との区別は、違法性と過失とを区別するドイツ法的な発想に依拠しているとの前提に立ちながら、学説・判例における違法性と過失との区別の相対化を理由として行為不法と結果不法との区別を不要とする見解（平井・各論 119頁）もある。
- 283 曾根・違法性65-66頁。
- 284 錦織・二元性三94頁参照。
- 285 例えば、児童売春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律（平成11年法律52号）は、「児童の権利を擁護すること」（1条）を目的としつつ、「児童買春の周旋をする目的で、人に児童買春をするように勧誘」（6条）する行為に対して刑罰を科している。また、ストーカー行為等の規制等に関する法律（平成12年法律81号）は、「個人の身体、自由及び名誉に対する危害の発生を防止し、あわせて国民の生活の安全と平穩に資すること」（1条）を目的としつつ、「つきまとい等をして、その相手方に身体の安全、住居等の平穩若しくは名誉が害され、又は行動の自由が著しく害される不安を覚えさせ」（3条）る行為を禁止している。
- 286 錦織・二元性三91頁参照。

## 参考文献

- 本稿における文献の表示は、便宜上、【 】内に示した各略称によっている。
- 芦部信喜『憲法学 人権総論』(有斐閣, 1994年)  
【芦部・憲法学】
- 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法 第四版』(岩波書店, 2007年)【芦部・憲法】
- 淡路剛久『公害賠償の理論』(有斐閣, 1975年)【淡路・理論】
- 淡路剛久『不法行為法における権利保障と損害の評価』(有斐閣, 1984年)【淡路・評価】
- 淡路剛久「公害における故意・過失と違法性」, 『ジュリスト臨時増刊458号』372-379頁(有斐閣, 1970年)【淡路・違法性】
- 池田真朗編『新しい民法 - 現代語化の経緯と解説』(有斐閣, 2005年)【池田編・民法】
- 石川健治『『基本的人権』の主観性と客観性 - 主観憲法と客観憲法の間 - 』, 『岩波講座 憲法2 人権論の新展開』3-22頁(岩波書店, 2007年)【石川・客観性】
- 石田穰『損害賠償法の再構成』(東京大学出版会, 1977年)【石田・再構成】
- 石田穰「不法行為法の基礎理論」, 高木多喜男=加藤雅信=石田穰=国井和郎=潮海一雄=能見善久=藤岡康宏=前田達明=伊藤高義『民法講義6 不法行為等』117-155頁(有斐閣, 1977年)【石田・理論】
- 板倉宏『刑法総論(補訂版)』(勤草書房, 2007年)【板倉・総論】
- 井上英治『現代不法行為論』(中央大学出版部, 2002年)【井上英・現代】
- 井上典之「基本権の客観法的機能と主観的権利性 - ドイツ基本権解釈学の粗描 - 」, 阿部照也=高田敏ほか『覚道豊治先生古稀記念論集』267-292頁(法律文化社, 1996年)【井上・基本権】
- 内田貴『民法 (第2版)』(東京大学出版会, 2007年)【内田・民法】
- 海野敦史『公共経済学への招待』(晃洋書房, 2010年)【海野・招待】
- 海野敦史「憲法上の通信の秘密不可侵に対する制約原理 - 高度情報通信ネットワーク社会における「通信」の意義 - 」, 『情報通信学会誌 27巻 4号』75-94頁(情報通信学会, 2010年)【海野・制約原理】
- 海野敦史「憲法上の通信の秘密不可侵の権利性とその私人間効力」, 『社会情報学研究 14巻2号』17-35頁(日本社会情報学会, 2010年)【海野・私人間効力】
- 浦川道太郎=窪田充見=手嶋豊=山本敬三=後藤巻則「(座談会)不法行為法の新時代を語る」, 『法律時報 78巻8号』4-27頁(日本評論社, 2006年)【浦川ほか・座談会】
- 浦部法穂『全訂 憲法学教室(全訂第2版)』(日本評論社, 2006年)【浦部・教室】
- 遠藤浩=川井健=原島重義=広中俊雄=水本浩=山本進一『民法(7) 事務管理・不当利得・不法行為(第3版)』(有斐閣, 1987年)【遠藤=川井=原島=広中=水本=山本・民法(7)】
- 大塚直「不法行為における結果回避義務 - 公害を中心として - 」, 星野英一=森島昭夫編『現代社会と民法学の動向 上 不法行為』36-66頁(有斐閣, 1992年)【大塚・義務】
- 大塚直「保護法益としての人身と人格」, 『ジュリスト 1126号』36-47頁(有斐閣, 1998年)【大塚・保護法益】
- 大塚直「権利侵害論」, 内田貴=大村敦志編『ジュリスト増刊 新・法律学の争点シリーズ1 民法の争点』266-269頁(有斐閣, 2007年)【大塚・権利侵害論】
- 大塚仁『刑法概説(総論)(第4版)』(有斐閣, 2008年)【大塚・総論】
- 加藤一郎『法律学全集22- 不法行為(増補版)』(有斐閣, 1974年)【加藤・不法行為】
- 加藤雅信『新民法体系 事務管理・不当利得・不法行為(第二版)』(有斐閣, 2005年)【加藤雅・体系】
- 窪田充見『不法行為法』(有斐閣, 2007年)【窪田・不法行為法】
- 窪田充見「過失論の新たな展開」, 内田貴=大村敦志編『ジュリスト増刊 新・法律学の争点シリーズ1 民法の争点』270-273頁(有斐閣, 2007年)【窪田・展開】
- 小山剛『基本権保護の法理』(成文堂, 1998年)【小山・法理】
- 今野正規「リスク社会と民事責任(4・完) - フラン

- スHIV感染事件を中心に - 」, 『北大法学論集 60巻5号』55-88頁(北海道大学大学院法学研究科, 2010年)【今野・民事責任(4)】
- 斎藤信治『刑法総論(第5版)』(有斐閣, 2003年)【斎藤・総論】
- 阪本昌成「精神活動の自由」, 佐藤幸治編『大学講義 双書 憲法 基本的人権』133-290頁(成文堂, 1988年)【阪本・精神活動】
- 佐藤幸治『憲法(第三版)』(青林書院, 1995年)【佐藤・憲法】
- 佐藤幸治『現代国家と人権』(有斐閣, 2008年)【佐藤・人権】
- 澤井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為(第三版)』(有斐閣, 2001年)【澤井・テキストブック】
- 澤井裕「新漏水俣病判決の総合的研究」, 『法律時報 44巻14号』157-163頁(日本評論社, 1972年)【澤井・研究】
- 澤井裕「不法行為法の混迷と展望 - 違法性と過失 - 」, 『法学セミナー 23巻11号』72-91頁(日本評論社, 1979年)【澤井・混迷】
- 潮見佳男『不法行為法』(信山社出版, 1999年)【潮見・不法行為法】
- 四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為 中巻』(青林書院新社, 1983年)【四宮・事務管理】
- 四宮和夫『四宮和夫民法論集』(弘文堂, 1990年)【四宮・論集】
- 渋谷秀樹『憲法 Japanese Constitutional Law』(有斐閣, 2007年)【渋谷・憲法】
- 商事法務研究会『法典調査会・民法議事速記録五(第111回~第136回)』(1984年)【商事法務・速記録五】
- 末川博『権利侵害と権利濫用』(岩波書店, 1970年)【末川・権利侵害】
- 曾根威彦「不法行為法における『違法性』概念 - もう一つの<比較法学>の試み - 」, 『早稲田法学 85巻1号』21-80頁(早稲田大学法学会, 2009年)【曾根・違法性】
- 高橋和之『『憲法上の人権』の効力は私人間に及ばない - 人権の第三者効力論における『無効力説』の再評価』, 『ジュリスト 1245号』137-146頁(有斐閣, 2003年)【高橋・再評価】
- 錦織成史「違法性と過失」, 星野英一ほか編『民法講義 第6巻 事務管理・不当利得・不法行為』133-189頁(有斐閣, 1985年)【錦織・違法性】
- 錦織成史「民事不法の二元性 - ドイツ不法行為法の発展に関する一考察(一)」, 『法学論叢 98巻1号』25-53頁(京都大学法学会, 1975年)【錦織・二元性一】
- 錦織成史「民事不法の二元性 - ドイツ不法行為法の発展に関する一考察(二)」, 『法学論叢 98巻3号』25-50頁(京都大学法学会, 1975年)【錦織・二元性二】
- 錦織成史「民事不法の二元性 - ドイツ不法行為法の発展に関する一考察(三)」, 『法学論叢 98巻4号』68-105頁(京都大学法学会, 1976年)【錦織・二元性三】
- 鳩山秀夫『増訂 日本債権法各論 下巻』(岩波書店, 1924年)【鳩山・各論】
- 平井宜雄『損害賠償法の理論』(東京大学出版会, 1971年)【平井・理論】
- 平井宜雄『債権各論 不法行為』(弘文堂, 1992年)【平井・各論】
- 平野裕之「取締法規違反(保護法規違反)の不法行為」, 山田卓生=藤岡康宏編『新・現代損害賠償法講座 第2巻 権利侵害と被害利益』41-78頁(日本評論社, 1998年)【平野・取締法規】
- 広中俊雄『債権各論講義(第6版)』(有斐閣, 1994年)【広中・講義】
- 福田平『全訂 刑法総論(第四版) Criminal Law The General Part』(有斐閣, 2004年)【福田・総論】
- 福田雅樹『情報通信と独占禁止法 - 電気通信設備の接続をめぐる解釈論 - 』(信山社出版, 2008年)【福田雅・独占禁止法】
- 藤岡康宏=磯村保=浦川道太郎=松本恒雄『民法 債権各論(第3版補訂)』(有斐閣, 2009年)【藤岡=磯村=浦川=松本・民法】
- 藤岡康宏「日本型不法行為法モデルの提唱 - 新時代の展望」, 『法律時報 78巻8号』28-34頁(日本評論社, 2006年)【藤岡・提唱】
- E・W・ベッケンフェルデ(鈴木秀美訳)「基本法制定40周年を経た基本権解釈の現在」, E・W・ベッケンフェルデ(初宿正典編訳)『現代国家と憲法・自由・民主制』345-397頁(開文社出版, 1999年)【ベッケンフェルデ・現在】



- 星野英一『民法論集 第6巻』(有斐閣, 1986年)【星野・論集】
- 前田達明『不法行為帰責論』(創文社, 1978年)【前田・帰責論】
- 前田達明『現代法律学講座14 民法 2(不法行為法)』(青林書院新社, 1980年)【前田・不法行為法】
- 前田達明『違法性と過失』, 加藤一郎=米倉明編『ジュリスト増刊 新・法律学の争点シリーズ3 - 民法の争点 (債権総論・債権各論)』158-161頁(有斐閣, 1985年)【前田・違法性】
- 前田達明『権利侵害と違法性』, 山田卓生=藤岡康宏編『新・現代損害賠償法講座 第2巻 権利侵害と被侵害利益』1-19頁(日本評論社, 1998年)【前田・権利侵害】
- 前田達明『違法一元論について』, 『同志社法学』61巻2号。1-45頁(同志社法学会, 2009年)【前田・一元論】
- 三輪修子『差止請求権の法的構成に関する一考察 - 権利論および秩序論を意識して - 』, 『法学研究』10号。29-43頁(龍谷大学大学院, 2009年)【三輪・一考察】
- 森島昭夫『不法行為法講義』(有斐閣, 1987年)【森島・講義】
- 山口厚『刑法総論(第2版)』(有斐閣, 2007年)【山口・総論】
- 山本敬三『現代社会におけるリベラリズムと私的自治 (一)- 私法関係における憲法原理の衝突 - 』, 『法学論叢』133巻4号。1-20頁(京都大学法学会, 1993年)【山本・リベラリズム一】
- 山本敬三『現代社会におけるリベラリズムと私的自治 (二)- 私法関係における憲法原理の衝突 - 』, 『法学論叢』133巻5号。1-29頁(京都大学法学会, 1993年)【山本・リベラリズム二】
- 山本敬三『不法行為法の再検討と新たな展望 - 権利論の視点から』, 『法学論叢』154巻4・5・6号。292-350頁(京都大学法学会, 2004年)【山本・展望】
- 柳沢弘士『ケメラの民事不法理論 - 不法行為法における行為不法理論と不法類型論についての覚書 - 三』, 『日本法学』31巻4号。101-162頁(日本大学法学研究所, 1966年)【柳沢・理論三】
- 柳沢弘士『不法行為法における違法性 - 不法本質論と不法類型論についての覚書』, 『私法』28号。125-136頁(有斐閣, 1966年)【柳沢・違法性】
- 吉田徹=筒井健夫編『改正民法「保証制度・現代語化」の解説』(商事法務, 2005年)【吉田=筒井編・解説】
- 吉村良一『不法行為法(第4版)』(有斐閣, 2010年)【吉村・不法行為法】
- 我妻栄『新法学全集(復刻版) 事務管理・不当利得・不法行為』(日本評論社, 1988年)【我妻・事務管理】